

DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE TEORIA GERAL PRÓPRIA E DA TENDÊNCIA À EQUIPARAÇÃO AO MODELO DO COMMON LAW

Challenges to the implementation of the Brazilian system of precedents due to the lack of a Brazilian-own general theory and the tendency of equating it to the common law model

Revista de Processo | vol. 288/2019 | p. 445 - 469 | Fev / 2019

DTR\2019\57

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo

Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professora de Direito Processual Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, e em cursos de Pós-graduação. Advogada. mariacelia@bsbadvocacia.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O artigo propõe a análise de desafios à implantação de sistema de precedentes no Direito brasileiro decorrentes, especialmente, da ausência de uma teoria geral sobre o tema e das inevitáveis comparações ao modelo precedentalista experienciado em países de common law. Para fins de abordagem de tema tão amplo, a análise destaca como principais desafios a tendência brasileira à edição de súmulas e a intenção – ainda que secundária – de reduzir o acesso às Cortes Superiores e desafogar o Poder Judiciário, de modo geral. Finalmente, a partir das conclusões parciais apresentadas, o trabalho sugere, em abordagem histórico-comparativa, a maior proximidade entre a prática brasileira e os assentos portugueses como modelo de aplicação de precedentes.

Palavras-chave: Precedentes – Common law – Civil law – Súmulas – Assentos – Teoria geral – Desafios

Abstract: This article is intended to analyse the challenges in implementing the system of precedents in the Brazilian Law System, mainly due to the lack of a Brazilian-own general theory on the matter, and the unavoidable comparisons with the precedent system of common-law countries. In approaching such a broad topic, the analysis highlights the main challenges inherent to the Brazilian tendency of setting binding precedents, and the general intention – however secondary – to decrease access to Courts of Appeal and unburden the Judiciary Branch. Lastly, from the partial conclusions presented and under the historical-comparative approach, this work suggests a greater proximity between the Brazilian practice and the Portuguese Supreme-Court binding decisions as a model for precedents.

Keywords: Precedents – Common Law – Civil Law – Biding Precedents – Supreme-Court Decisions – General Theory – Challenges

Sumário:

1.Introdução - 2.Aspectos relevantes da valorização crescente dos precedentes no cenário jurídico brasileiro - 3.Ausência de teoria geral de precedentes no Direito brasileiro e a inviabilidade da mera adaptação do modelo do *common law* - 4.Reflexões sobre os desafios à implementação de um sistema brasileiro de precedentes - 5.Considerações finais - 6.Bibliografia

1.Introdução

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) aponta, logo no seu parágrafo inaugural, a preocupação de que o sistema processual civil seja capaz de proporcionar à sociedade resposta eficiente às ameaças e violações de direitos, reconhecendo-os e realizando-os. Do contrário, estará em desalinho com as garantias constitucionais democráticas. Considerando-se o caráter instrumental do processo, a sua ineficiência comprometerá, necessariamente, os resultados de todo o ordenamento.

Assim, a Comissão de juristas responsável pela elaboração do Código justificou o esforço em buscar, inclusive em modelos jurídicos estrangeiros, mecanismos para aprimorar a prestação da tutela jurisdicional, focando o trabalho em *resolver problemas*, além de retomar a *coesão interna* necessária a um Código¹ e de *simplificar o sistema*.

Ganharam evidência, entre outros, os princípios da celeridade e da segurança jurídica, trazendo ao texto da nova Lei técnicas de julgamento de demandas repetitivas (cujo microsistema encontra previsão no artigo 928 do Código) e, nessa esteira, a ideia de valorização de precedentes judiciais.

Especificamente em relação ao fortalecimento da cultura de valorização de precedentes no Brasil, é certo que a diversidade de posicionamentos, tantas vezes incompatíveis entre si, a respeito de uma mesma norma jurídica, “[...] fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”².

Sem negar a importância que, gradativamente, a jurisprudência ganhou no ordenamento jurídico brasileiro³, a nova legislação procurou ir além ao delinear um sistema de precedentes, incluindo a regulamentação de um microsistema de litigiosidade repetitiva, conforme mencionado. Não se pode deixar de mencionar que a tão citada *crise do Poder Judiciário* esteve no centro dos objetivos que se pretendem ver alcançados com o atual Código de Processo Civil (LGL2015\1656).

Essas são razões que tornam imperioso o estudo do que se tem chamado de sistema de precedentes à brasileira⁴, para que se compreenda adequadamente o seu papel na sistemática processual vigente, sob pena de não se extrair dele os resultados esperados, especialmente neste momento em que os olhares têm se voltado cada vez mais à atuação dos Tribunais, especialmente os de cúpula, cujo papel é determinante na estabilização da jurisprudência nacional.

O que se pretende é refletir a respeito dos desafios da implantação da cultura precedentalista no ordenamento brasileiro nesses poucos mais de dois anos de vigência, especialmente em razão da ausência de uma teoria geral capaz de fornecer o suporte teórico adequado e indispensável ao manejo de precedentes. Isso conduz à temerária equiparação ao sistema que se desenvolve nos países de *common law*, mais ou menos como “encaixar o quadrado no redondo”.

Nos estreitos limites de um trabalho desta natureza, optou-se por destacar duas importantes consequências da falta de teorização dos precedentes estabelecida à luz e em função das particularidades do ordenamento brasileiro, e que necessariamente têm reflexos práticos. Para um recorte de abordagem do tema, a análise será feita da perspectiva da tendência brasileira à edição de súmulas e enunciados representativos do posicionamento das Cortes, bem como da pretensão de celeridade processual por meio da implantação do sistema de precedentes no país.

2. Aspectos relevantes da valorização crescente dos precedentes no cenário jurídico brasileiro

A superação, no século XX, do paradigma positivista permitiu o aumento gradativo da interferência de princípios, conceitos abertos e cláusulas gerais no Direito. Parece adequado afirmar a existência de ótica pós-positivista sobre a produção, interpretação e aplicação do Direito.

No Brasil, ganhou relevo a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou formalmente o Estado Democrático de Direito, ainda em construção, num processo contínuo de aprimoramento e concretização dos valores inerentes ao modelo⁵.

De modo geral, esse quadro resultou no fortalecimento das instituições democráticas; na atribuição de força normativa aos princípios⁶ e na mencionada reformulação do modo de interpretação e aplicação do Direito, inclusive com a ampliação do acesso aos Tribunais, sobretudo os de cúpula. Quanto a esse último aspecto, convém destacar que a redemocratização provocada pela Constituição de 1988 ampliou o acesso ao Poder Judiciário e também aos Tribunais, tanto do ponto de vista da credibilidade da via judicial para a efetivação de direitos, como da perspectiva dos instrumentos e mecanismos processuais disponíveis⁷. O resultado direto foi o aumento das demandas judiciais.

Especificamente nas últimas décadas, intensificou-se a noção de que a jurisprudência dos Tribunais brasileiros é marcada por extrema desuniformização. Essa constatação decorre, é certo, de diversos fatores.

Um deles, pode-se dizer, liga-se à extensão territorial do país, que leva à existência de vários órgãos do Poder Judiciário, todos com independência para a tomada de decisões, nos limites do princípio do livre convencimento motivado. Isso não seria propriamente um problema se não fosse a compreensão talvez equivocada a respeito da abrangência e implicações do referido princípio⁸. Por derradeiro, merece menção a forte interferência política nas decisões, especialmente nas instâncias superiores, que faz com que a sobredita desuniformização jurisprudencial se verifique até mesmo em relação a casos e assuntos de relevância não apenas jurídica, mas também política e social⁹.

Não bastasse a falta de uniformização jurisprudencial, as alterações bruscas do entendimento dos Tribunais interferem de modo negativo tanto na condução das decisões, como também na gestão de demandas.

Significa dizer que a conjunção de todos esses fatores (e de outros tantos que escapam ao Direito e desbordam dos limites deste trabalho) leva à falta de previsibilidade quanto ao posicionamento do(s) órgão(s) jurisdicional(ais) em relação aos mais variados assuntos, e conseqüentemente, à insegurança jurídica e – por que não? – a certo descrédito do Poder Judiciário pelos cidadãos.

Cumprе ressaltar que esse quadro gera consequências práticas importantes, inclusive fora da técnica jurídica, mas ligadas à prática de atos jurídicos em geral e também ao gerenciamento de demandas. Ou seja, quanto maiores a instabilidade e desuniformização da jurisprudência de um país, tanto maior será a dificuldade dos jurisdicionados e advogados para a prática segura dos atos, especialmente na esfera econômica e empresarial¹⁰. Do mesmo modo quanto ao planejamento e estratégias relativamente às suas demandas (já em curso ou não). Tal situação pode se relacionar diretamente ao grau de litigiosidade de um país, dada a pouca previsibilidade do sistema¹¹.

Essas situações indesejáveis e prejudiciais num ordenamento jurídico tornaram favoráveis as buscas, pelo legislador processual, de alternativas que conduzissem à maior estabilidade do sistema, conforme inicialmente mencionado na introdução deste trabalho.

Bem por isso, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) é expresso em que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, sendo inegável a intenção de valorização das decisões anteriores das Cortes. A observância aos precedentes é estruturada no artigo 927. Tem-se, no topo, as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e, ao final, a orientação dos órgãos plenário ou especial a que os juízes e tribunais estejam vinculados¹².

Enquanto os posicionamentos favoráveis sobrelevam a segurança jurídica, a estabilidade e previsibilidade do sistema como vantagens à sua utilização, as críticas se voltam a um possível caráter autoritarista, à falta de autonomia dos juízes em decidir e o perigo de desigualdades eventualmente resultantes do manejo inadequado dos precedentes¹³.

Nesse sentido, podem os precedentes contribuir à solução (ainda que parcial, evidentemente) dos problemas atualmente enfrentados pelo Poder Judiciário, especialmente quanto ao excesso de processos e à deficiência de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional? Ou, ao contrário, a razão de ser da utilização de precedentes não tem esse escopo como principal e, conseqüentemente, estará fadada ao insucesso no cenário brasileiro? Em qual medida a adoção de precedentes vinculantes pode servir como técnica de gestão de demandas e alcançar os resultados desejados pela sociedade?

É possível (e provável) que, à medida que se sedimente a utilização de precedentes, existam ganhos relativos à racionalização do trabalho do Poder Judiciário e também maiores condições de que advogados e cidadãos pautem suas condutas (processuais ou não) em parâmetros mais seguros, previsíveis e estáveis. Não implica, necessariamente, a redução do volume de trabalho de juízes e Tribunais. Isso o tempo demonstrará. Mesmo porque a metodologia própria dos precedentes, ao menos da perspectiva analítica e argumentativa, aparenta ser mais trabalhosa.

De todo modo, o destaque dado pelo atual Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) ao tema permite concluir pela sua importância não apenas da perspectiva dogmática, senão também prática.

3. Ausência de teoria geral de precedentes no Direito brasileiro e a inviabilidade da mera adaptação do modelo do common law

Desde a tramitação dos projetos que resultaram no Código de Processo Civil de 2015, vários aspectos da nova Lei têm sido alvo de críticas, entre os quais o sistema de precedentes previsto nos artigos 926 e 927 do texto legal¹⁴.

O Código mescla técnicas processuais com vistas à implantação de um sistema que resulte na estabilidade das decisões do Poder Judiciário, reforçando o seu caráter institucional em detrimento de posicionamentos pessoais do magistrado sob o pretexto da independência e do livre convencimento motivado.

Da estruturação e redação da Lei é possível observar a presença de uma parte geral voltada à principiologia em torno dos precedentes (exposta nos artigos 926 e 927). Além disso, há a parte dedicada ao aprimoramento de institutos e técnicas voltados à formação de precedentes, como o regime de julgamento de extraordinário e especial repetitivos. Por derradeiro, há a introdução de novos institutos, cujo exemplo mais representativo é o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado pelos artigos 976 e seguintes do Código.

E, como anteriormente mencionado, mesmo a Exposição de Motivos deixou clara a preocupação em com isso proporcionar maior grau de segurança jurídica, maior previsibilidade, uniformização e estabilização possível do sistema, eficiência na prestação da tutela jurisdicional e também racionalização do trabalho dos Tribunais¹⁵.

Essas preocupações são inerentes ao manejo de precedentes, como objetivos a serem alcançados. Logo são comuns tanto ao sistema de *common law* como de *civil law*¹⁶.

Nesse ponto é conveniente esclarecer que a utilização de precedentes como técnica de decidir é fenômeno verificável na grande maioria dos ordenamentos jurídicos. A partir dessa afirmação, que encontra respaldo em Michele Taruffo¹⁷, é possível compreender que a estruturação de um sistema legal de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 não implica se tratar de técnica estranha ao ordenamento brasileiro¹⁸. Ao contrário, conforme será abordado oportunamente, chegaram a ser utilizados no Brasil, por exemplo, os *assentos* reais previstos na legislação portuguesa, enquanto aplicáveis no país. Mesmo o revogado Código de Processo Civil de 1973 previa técnicas que demonstravam a aptidão normativa das decisões judiciais anteriores, a exemplo do julgamento antecipadíssimo do mérito introduzido no artigo 285-A, *caput*,¹⁹ e da possibilidade de atuação monocrática do relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso a depender da relação desse em relação ao entendimento sumular ou da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, na forma do revogado artigo 557, *caput* e § 1º-A²⁰.

Apesar de não ser um fenômeno estranho ao sistema, o que ocorre, em realidade, são distinções no modo de compreendê-lo, sistematizá-lo e implementá-lo. Portanto, a divergência entre esses sistemas encontra-se não no campo do elemento nuclear do precedente (que é a sua aptidão a servir de fonte do Direito), mas no dos periféricos, como o grau de vinculação, o modo como serão produzidos e sistematizados, a função das Cortes (sobretudo as de cúpula) e a finalidade ou motivação da sua utilização em determinado ordenamento.

Tais aspectos devem atender ou serem contextualizados à realidade de cada sistema jurídico, o que se faz por meio da elaboração de uma teoria geral de precedentes, capaz de dar as diretrizes seguras, o arcabouço conceitual e

teleológico necessário ao bom funcionamento do sistema que o Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) institucionalizou²¹.

Daí a necessidade de compreensão a respeito dos conceitos, técnicas e institutos do *stare decisis*, bem como de construção de um arcabouço teórico geral próprio à realidade do Direito brasileiro, para que não se cometa o equívoco de tão somente importar e adaptar o modelo precedentalista do *common law*, em que são diversas as raízes históricas, estrutura e funcionamento judiciários.

A constatação de que os países filiados ao *civil law* não dispõem de uma teoria de precedentes, até mesmo pela tradição mais ligada ao direito legislado, implica, muitas vezes, na internalização de conceitos, institutos e técnicas próprios do *common law*, concebida segundo as particularidades daquele sistema. A mera adaptação da teoria geral de precedentes do *common law*, por meio da importação de conceitos, institutos e técnicas, pode significar o comprometimento dos resultados que se pretende alcançar com a sua aplicação.

A conotação que os precedentes têm naqueles países é distinta da realidade dos países filiados ao *civil law*. Enquanto nos países do *common law* os precedentes vão além da técnica de julgamento, assumindo evidente função normativa, no âmbito do *civil law* eles têm tradicionalmente a função precípua de uniformização do posicionamento dos Tribunais, com caráter meramente persuasivo e não como fonte primária do Direito. O Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) busca ampliar essa função, atribuindo-lhes obrigatoriedade²², realçando-lhes o caráter normativo, sem excluir, obviamente, a função uniformizadora mencionada.

Também são distintos os modelos de estruturação e atuação do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes de cúpula. Enquanto o *common law* se afeiçoa mais ao modelo de Cortes Supremas, no *civil law* os Tribunais predominam os traços do modelo de Cortes Superiores²³.

Por fim, a vinculatividade dos precedentes no *common law* não é imposta *ex vi lege*, mas pela conjunção de outros fatores²⁴, ao contrário da proposta do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656).

Portanto, a ausência de uma teorização adequada às particularidades do ordenamento brasileiro pode conduzir a problemas dogmáticos e práticos de interpretação e aplicação dos precedentes²⁵. Muito embora seja viável, do ponto de vista acadêmico, inclusive, recorrer ao *common law* para compreensão dos conceitos, institutos e técnicas ligados aos precedentes, as decisões elencadas no artigo 927 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) não devem ser equiparadas ao genuíno precedente daquele sistema²⁶.

4. Reflexões sobre os desafios à implementação de um sistema brasileiro de precedentes

As considerações tecidas ao longo do texto permitem concluir que a mera importação do modelo de precedentes sem a necessária construção de uma teoria geral que tome em conta as características e elementos próprios do ordenamento jurídico brasileiro trará importantes desafios à sua implementação e adequado funcionamento.

Reconhecendo que são vários os desafios à implementação de um sistema de precedentes, para não desbordar dos limites deste trabalho, a reflexão sobre o tema será feita a partir de duas perspectivas: (i) da tendência brasileira à edição de súmulas e enunciados representativos do posicionamento das Cortes; e (ii) da pretensão de celeridade processual por meio da implantação do sistema de precedentes no país.

Tais aspectos se relacionam diretamente à falta de uma teoria geral de precedentes e também entre si, em grande medida. Sobretudo, reforçam a cautela no intento de equiparar o modelo estruturado pelo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) com o do *common law*, dadas as distinções perfunctoriamente expostas anteriormente.

4.1. Precedentes e a tendência brasileira à edição de súmulas

Uma das consequências que a internalização descontextualizada dos elementos próprios diz respeito ao uso indistinto dos termos *precedentes*, *jurisprudência* e *súmulas*, que tem reflexos práticos importantes. Apesar de basearem-se no idêntico propósito de valorização de decisões anteriormente proferidas para balizar decisões futuras, são institutos diversos.

Jurisprudência compreende o conjunto de casos, dos quais é possível extrair corrente de entendimento sobre determinada questão jurídica²⁷. São decisões reiteradas dos tribunais que servem de fundamentação para decisões futuras, especialmente nas instâncias inferiores (embora não exclusivamente), numa relação de persuasão vertical.

Por sua vez, o precedente diz respeito à “técnica decisória pela qual a identidade de um julgado e de um caso submetido a julgamento permite que o subsequente se baseie nas mesmas razões de decidir daquele anterior”²⁸. É, por assim dizer, “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”²⁹.

O núcleo essencial corresponde à *ratio decidendi*, vinculativa de casos idênticos subsequentes, e que não se manifestará por meio de enunciado genérico ou sintético do seu conteúdo.

Logo, jurisprudência e precedente judicial não se confundem, embora – repita-se – tenham relevantes aspectos em comum. Ademais, só se considera a aplicação do precedente se a sua *ratio decidendi* puder, em razão da identidade

fática e material dos casos em cotejo, ser estendida ao subsequente³⁰.

Para minimizar possíveis dificuldades de identificação e aplicação da jurisprudência, serve a edição de súmulas, consistentes em enunciado sintético e genérico, representativo de uma corrente de entendimento³¹.

Importante distinguir as súmulas em relação aos precedentes porque aquelas – à semelhança do que foi dito sobre a jurisprudência – não se vinculam à sua origem, ou seja, à sua aplicação, ao menos como se dá no Brasil, não leva em conta, necessariamente, a identificação fática e material dos casos. Ao contrário dos precedentes, cuja aplicação da *ratio decidendi* é vinculada ao seu contexto de origem, que, aliás, torna indispensável o cotejo entre o caso decidido e o sob julgamento³².

Para além das distinções terminológicas expostas, é certo que o Direito brasileiro tende à literalidade³³ e daí a orientação contida nos parágrafos do artigo 926 para que os Tribunais editem enunciados de súmula da sua jurisprudência dominante, sem descurar das circunstâncias fáticas dos precedentes em que se respaldam³⁴.

Dessa constatação surge interessante questão: a pretensão de se converter a *ratio decidendi* em enunciado de súmula conduz à indesejada desvinculação do substrato fático da decisão que o originou³⁵, o que não é compatível com a ideia de aplicação de precedentes vinculantes tal qual concebido para o sistema de *common law*. “A técnica do *stare decisis* não tem como pretensão generalizar a incidência do precedente judicial a toda e qualquer causa análoga, como parece ser a finalidade dos enunciados de súmulas no Brasil”³⁶.

A tentativa de combinação dos dois elementos (*ratio decidendi* e súmula) confere aos precedentes contornos reducionistas, a partir da perspectiva do *stare decisis*.

Impõe ressaltar que o modo como o precedente será formado e como, porventura, se materialize num determinado ordenamento (por exemplo, se em texto sumulado ou não) são questões periféricas, afetas à teoria geral cuja construção se defende necessária para a implementação de um sistema adequado e eficiente³⁷. O que não se mostra adequado é interpretar a proposta do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) à luz dos escopos e conceitos do *common law*.

4.2.A aplicação de precedentes e o escopo de aceleração do processo

Na introdução e no capítulo inicial se expôs a respeito da preocupação com a segurança jurídica, previsibilidade e isonomia que a legislação processual demonstra por meio da estruturação do sistema de precedentes.

Entretanto, na realidade brasileira

[...] se tem buscado também, com os precedentes judiciais vinculantes, a *economia de tempo*, a *celeridade processual* e a *diminuição do número de processos*, o que parece não serem escopos ou a finalidade dos precedentes no *common law*³⁸⁻³⁹.

Não se pretende negar que um sistema mais estável do ponto de vista do posicionamento das Cortes, e que exercite a aplicação de precedentes vinculantes, tenha como uma de suas consequências positivas a racionalização do trabalho dos órgãos judiciários (não apenas os Tribunais, em sentido estrito). E, desse modo, possa resultar na otimização ou mesmo redução do tempo de tramitação de processos.

Contudo, não pode ser esse o objetivo central ao se implantar um sistema de precedentes, sob pena de que o seu manejo inadequado conduza ao comprometimento dos valores primordiais que amparam essa técnica: a segurança jurídica pelo tratamento igualitário das decisões; a previsibilidade e a estabilização do ordenamento⁴⁰. Fatalmente o sistema estará fadado ao insucesso, ainda que não imediato, ante o desgaste e descrédito da técnica. Uma das consequências naturais – e seguramente a mais grave delas – será o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional prestada ao cidadão.

A questão guarda pertinência direta com a técnica de edição de súmulas, marcante no ordenamento brasileiro e que se presta primordialmente à otimização do tempo, facilitando o julgamento, na tentativa de reduzir o volume de trabalho⁴¹.

Por outro lado, o uso adequado e racional dos precedentes pode se tornar um mecanismo eficiente de gerenciamento de demandas, dada a previsibilidade e segurança jurídica proporcionadas pela estabilização do sistema (a função nomofilática). Em última análise, e talvez a longo prazo, poder-se-ia vislumbrar a redução de litigiosidade no país, justamente pela maior possibilidade do cidadão em se antecipar em analisar a viabilidade ou não de uma eventual demanda.

Importa lembrar que um dos aspectos que diferencia o regime de precedentes no *common law* (além do já mencionado caráter normativo, que se liga ao tema das fontes do Direito) em relação à experiência brasileira se refere exatamente ao tempo dedicado à análise do caso prático. Ou melhor, ao cuidado na caracterização das condições que autorizem a aplicação do precedente ao caso concreto posterior. Naquele modelo, a formação do precedente pressupõe debate e consolidação da tese jurídica que será identificada como *ratio decidendi*, por meio do exaurimento das questões pelo exercício do contraditório.

Obviamente que tal empreitada requer tempo do juiz e do Tribunal, de modo que se a intenção é conferir maior celeridade ao processo por meio da aplicação de precedentes vinculantes, o legislador brasileiro parece não ter escolhido o melhor caminho a trilhar⁴².

A respeito da metodologia de trabalho com precedentes, Neil MacCormick e Robert S. Summers apontam, entre as principais distinções que reconhecem entre o sistema de *common law* e o de países do *civil law*: (i) a superficialidade do relato fático e da fundamentação das decisões; (ii) ausência de análise detalhada do precedente a ser aplicado e do caso concreto, que permitam concluir pela identidade material dos casos; (iii) ausência de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; (iv) ausência de metodologia de distinção entre precedentes já fixados e novos casos subsequentes; (v) impossibilidade de gerar vinculação a partir de decisões prévias isoladas; (vi) ausência de motivação justificadora de superação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) de posicionamentos jurídicos dos Tribunais⁴³.

Ainda nesse tema, ganha relevo o aspecto argumentativo da decisão, sem o qual a aplicação de precedentes vinculantes resta severamente comprometida. É dela que o magistrado extrai a *ratio decidendi*, ao mesmo tempo que identifica e distingue todas aquelas informações que serão consideradas *obiter dictum*, essas sem vinculação aos casos posteriores. Por isso a aplicação de precedente não pode dar atenção exclusivamente ao dispositivo da decisão, tampouco à sua síntese ou ementa porque, na verdade, esse é o ponto de chegada do julgador. A regra de decisão está, sobretudo, no caminho percorrido por ele para chegar ao dispositivo, e que deve ser claro e suficiente, sob pena de violação constitucional (artigo 93, IX).

Nesse ponto impende destacar a regra do artigo 927, § 1º, do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656)⁴⁴, que exige expressamente a submissão do magistrado aos termos do artigo 489 do Código⁴⁵, ao elaborar os fundamentos da decisão.

Independentemente das críticas que possam haver em relação aos incisos do artigo 489, e que desbordam do objeto deste estudo, é certo que todas aquelas exigências, salvo melhor juízo, dispensariam a positivação. Isso porque são inerentes à compreensão do princípio da motivação, cujas finalidades não se limitam à questões processuais, mas também políticas e constitucionais.

Fato é que o Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) traz, em seu texto, outro grau de exigência do julgador em relação à motivação, pois, uma vez positivados, tais requisitos se tornam objetivamente consideráveis para o reconhecimento de nulidade das decisões. Será necessário, portanto, que o julgador se debruce sobre o caso concreto sob pena de nulidade da sua decisão.

De tudo isso, pode-se concluir sobre a importância para o trabalho com precedentes da produção de um relatório detalhado sobre os fatos relevantes para a decisão, bem como de uma consistente argumentação, sem o que não se extrai a *ratio decidendi*, nem se distingue o que seja *obiter dictum*. Isso reforça que a pretensão de dar celeridade à tramitação processual não se faz, a princípio, com a aplicação de precedentes nos moldes do direito anglo-americano.

4.3.A proximidade com os antigos assentos portugueses

A análise feita nos itens anteriores reafirma o que se tem sustentado ao longo do texto, quanto à inadequação da mera importação do sistema de precedentes do *common law* sem que haja a construção de uma teoria geral própria, adequada às particularidades do ordenamento jurídico em que se estrutura.

A incursão pela história do Direito português indica que o manejo de precedentes no Brasil guarda maior afinidade com o que foram os assentos daquele país, consistentes em enunciados com efeito vinculante, ou seja, equiparados à lei como fonte de direito.

Para contextualizar a afirmação, impende esclarecer que, por volta dos séculos XIV a XVI, Portugal viveu a dificuldade de delimitação da aplicação do direito comum como mecanismo de unificação do direito aplicável no seu território, dado os espaços de incidência do direito estrangeiro e também o canônico. Com o propósito de dirimir as possíveis dúvidas decorrentes desse cenário, recorria-se ao monarca, que exercia a interpretação autêntica da lei, com eficácia vinculante, cuja competência passou posteriormente à Casa da Suplicação, na condição de órgão jurisdicional mais elevado⁴⁶.

A denominação de assentos se dá em função do registro de tais decisões em livros próprios, cujo propósito era de uniformizar a jurisprudência da época, atribuindo-se valor normativo a esses enunciados para utilização em casos análogos subsequentes.

Interessante destacar, ainda, que a desobediência do órgão judiciário aos assentos existentes ou também à sistemática de encaminhar a dúvida quanto à aplicação de norma tinha como consequência a suspensão do juiz, até remissão por decisão real⁴⁷.

Os assentos permaneceram na legislação portuguesa até a década de 1990, ocasião em que foram tidos por inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional daquele país, que entendeu ser prerrogativa do Poder Legislativo editar normas com efeito vinculante. Às decisões restaria a função persuasiva, o que, aliás, é uma das características marcantes das raízes do sistema de *civil law*.

Durante certo período da história os assentos foram aplicados no Brasil, por força da incidência da legislação portuguesa⁴⁸. À semelhança deles, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro detinha competência para editar assentos normativos no âmbito de sua jurisdição, no século XIX⁴⁹.

A breve digressão histórica demonstra que a sistemática portuguesa guarda muito mais semelhanças com a estruturação proposta no Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) brasileiro vigente. Observe-se que nos dois casos estão presentes a técnica de edição de enunciados demonstrativos do posicionamento da Corte, a atribuição de efeito normativo vinculante⁵⁰ e o propósito de uniformização da jurisprudência.

Talvez por essas razões o legislador processual brasileiro já tenha considerado a utilização de assentos com força normativa como instrumento de uniformização de jurisprudência, no Anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973⁵¹.

Acredita-se que uma das principais justificativas para tanto seja o fato de que ambos os ordenamentos se filiam ao *civil law*. A identidade de raízes jurídicas permite uma aproximação natural entre os sistemas, e poderia ter servido como inspiração útil à estruturação de um sistema de precedentes mais rente à realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

5. Considerações finais

Tem sido contínua a busca do legislador processual brasileiro pela concretização de valores como a efetividade da tutela jurisdicional, e todos os demais vetores representativos da eficiência do sistema processual, tais como a celeridade, a segurança jurídica, a coesão sistêmica, entre tantos outros característicos do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) divide opiniões quanto às perspectivas de melhora do quadro vivenciado no cenário judiciário nacional. Uma das possibilidades se refere à sistematização proposta pela Lei para um regime de precedentes vinculantes.

Porém, a implantação brusca de um sistema nesses moldes, por força de lei, sem a construção de teoria geral consistente capaz de orientar a sua compreensão e aplicação conduz ao perigo da mera importação do modelo do *common law*, estruturado a partir de conceitos e sistemática estranhos às características do processo civil brasileiro e da realidade judiciária do país.

É importante considerar que o direito brasileiro, muito em função da sua vinculação ao *civil law*, tem sido permeado pela aplicação da jurisprudência, muitas vezes reduzida a enunciados sumulares, que, apesar de confusões terminológicas, encerram conceitos distintos relativamente ao precedente tal como concebido nos sistemas filiados ao *common law*. A principal característica está na vagueza do conteúdo daqueles enunciados e, ainda, na desvinculação do contexto do caso concreto que lhe deram origem. Ou seja, o desenvolvimento da jurisprudência e a edição de súmulas não exigem trabalho interpretativo acurado a ponto de sua aplicação no caso concreto vincular-se à identidade estrita de casos, como acontece necessariamente com os precedentes no *common law*.

Para além da preocupação demonstrada na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) vigente no sentido de assegurar a coerência, segurança jurídica, isonomia e previsibilidade do ordenamento, há uma intenção de reduzir o acesso aos Tribunais, sobretudo os de cúpula, e de desafogar o Judiciário. Contudo, a aplicação de precedentes demanda a realização de acurado trabalho pelo Judiciário no sentido da análise do caso *sub judice*, do cotejo com o precedente e identificação da *ratio decidendi* que deverá ser objeto de aplicação ou de afastamento.

Bem por isso, não se mostra adequado ter como principal busca, na nova sistemática, a celeridade processual. Repita-se, nem sempre a adoção de precedentes vinculantes gera esse resultado, dada a metodologia de sua aplicação.

Essas duas circunstâncias apontadas ao longo do texto podem frustrar a perspectiva de se alcançar segurança jurídica, estabilização e previsibilidade do sistema, que podem ser proporcionadas pelo adequado manejo dos precedentes vinculantes.

Assim, teria sido interessante ao legislador processual revisitar os denominados assentos portugueses como alternativa interessante instrumento de uniformização de jurisprudência, consentâneo ao ideal de coesão pregado pelo atual Código e, ao que tudo indica, mais adequados à sistemática de precedentes própria dos países de tradição legislada.

Apesar disso, não se descarta o papel dos precedentes como mecanismo interessante de racionalização do trabalho dos órgãos judiciários de modo geral, o que pode ser relevante, inclusive, do ponto de vista da celeridade processual, embora não haja relação de implicação necessária entre ambas as situações.

6. Bibliografia

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. p. 399-405.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Revista justitia*. Disponível em: [www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf]. Acesso em: 05.11.2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 183-214.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC (LGL\2015\1656). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 275-297.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de processo*, v. 221, p. 13-48, jun. 2013.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC (LGL\2015\1656). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 445-457.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria (Org.). *Direito: teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Roberto Eros Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1. p. 1527-1564.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.

FARCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Only: "Prospective Overruling" or Sumbursting. *Marquette Law Review*, v. 51, issue 3, p. 254-270, winter 1967-1968.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 521-535.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MACCORMICK, Daniel; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, Daniel; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited, 1997. p. 531-550.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 459-490.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. Natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no novo CPC (LGL\2015\1656): novas técnicas decisórias? In: *O novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656): questões controvertidas* (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015. p. 77-88.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. *Gênesis: Revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 9, n. 13, p. 485-498, jul.-set. 1999.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCP (LGL\2015\1656) e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656)). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 175-182.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão, a. 48, n. 2, p. 411-430, jun. 1994.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano 61, n. 3, p. 709-725, set.-2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de Direito*. Disponível em: [www.tex.pro.br]. Acesso em: 27.10.2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* (LGL\2015\1656): artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC (LGL\2015\1656): aspectos gerais. In: *O novo Código de Processo Civil* (LGL\2015\1656): questões controvertidas (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015. p. 89-118.

1 E que se julga ter sido quebrada no Código de Processo Civil de 1973, em razão das consideráveis alterações normativas, especialmente ao longo da década de 1990 e anos 2000.

2 Texto da Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil.

3 Com a introdução de várias técnicas e institutos que destacam a valorização jurisprudencial, tais como a criação de súmulas (que, inicialmente, constavam apenas dos Regimentos Internos dos Tribunais), até a adoção das súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04, além dos mecanismos de julgamento de recursos repetitivos.

4 Vários autores têm assim se referido ao modo como a valorização e observância aos precedentes tem sido aplicado no sistema jurídico brasileiro, a exemplo de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema de precedentes a brasileira*: natureza, eficácia e operacionalidade. São Paulo: Ed. RT, 2014; e ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015. p. 89-118.

5 Assim se posiciona Sérgio Alves Gomes, para quem “[...] o referido paradigma encontra-se em construção, apesar das graves crises por quais tem passado em razão de fatores que a ele se opõem (GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 269).

6 De acordo com Robert Alexy, [...] *los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las reglason normas que sólo podem ser cumplidas o no. [...] Por lo tanto, lãs reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 87).

7 CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; e outros (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 446-447.

8 Diz a Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil: “Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade”, que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

9 Ao discorrerem sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros apontam situações de desuniformidade jurisprudencial, tanto em diferentes turmas do Superior Tribunal de Justiça, a respeito de um mesmo assunto, bem como entre essa Corte e o Supremo Tribunal Federal (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1313-1314).

10 É o que afirma Thomas E. Farchild, que, analisando o *prospective overruling* reforça a necessidade de cautela das Cortes na superação de precedentes, devendo, inclusive, considerar o impacto que essa ruptura causará na legítima expectativa dos cidadãos que tenham pautado suas condutas em posicionamento anterior já consolidado pelo Judiciário. Contextualizando o raciocínio, nota-se que a mudança brusca e/ou constante de entendimento jurisdicional sobre determinado assunto quebra a legítima expectativa do cidadão e, portanto, gera um ciclo de insegurança na prática de atos jurídicos (FARCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Only: “Prospective Overruling” or Sumbursting. *Marquette Law Review*, v. 51, issue 3, p. 254-270, winter 1967-1968).

11 Sobre o tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de processo*, v. 221, p. 13-48, jun.-2013.

12 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 extraordinários 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.

[...].

13 Como exemplo, convém transcrever a opinião de José Maria Rosa Tesheiner, para quem “trata-se de uma ideia essencialmente autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora: autoritária e antidemocrática, porque o Direito se desenvolverá a partir de decisões de uns poucos Ministros dos tribunais superiores; por igual razão, centralizadora, acabando-se com o que ainda resta de federação no Brasil, porque nosso Direito, que já é praticamente todo federal, será obrigatoriamente interpretado de maneira igual, independentemente das condições locais; culturalmente empobrecedora, porque as questões jurídicas já não serão objeto de debate – bastará, em cada caso, apontar para a última decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Contra os precedentes obrigatórios. Páginas de Direito*. Disponível em: [www.tex.pro.br]. Acesso em: 27.10.2016).

14 Entre essas críticas, José Rogério Cruz e Tucci faz interessante observação no sentido de que o novo Código de Processo Civil não estrutura o sistema de precedentes a partir de qualquer critério científico. E mais, afirma que “à míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Op. cit., p. 453-454).

15 Essas menções foram expostas, superficialmente, mas na medida necessária ao desenvolvimento deste estudo, no tópico introdutório.

16 ZUFELATO, Camilo. Op. cit., p. 95.

17 TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a. 48, n. 2, jun. 1994. p. 415.

18 “Inexiste, na maioria dos países da tradição jurídica continental, incluindo-se os países ibéricos e latino-americanos que buscaram inspiração nesses sistemas jurídicos, como o Brasil, uma cultura argumentativa do precedente judicial. Mas isso não significa, no entanto, que nós não sigamos precedentes judiciais ou que os precedentes judiciais sejam incapazes de guiar a conduta dos juristas práticos” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. p. 293.

19 Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

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

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

[...].

21 MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. p. 461.

22 Teresa Arruda Alvim e outros mencionam que “[...] existe sempre certo grau de obrigatoriedade no que tange ao respeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido lato, abrangendo, também, as súmulas vinculantes, que embora não sejam propriamente jurisprudência, são desta resultante” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Op. cit., p. 1315). A partir daí, os autores traçam graus ou níveis de vinculação – forte, médio e fraco –, conforme haja previsão, no sistema, de remédio processual em caso de inobservância do precedente. Assim, a vinculação é forte nas hipóteses em que o sistema preveja remédio especificamente moldado para reprimir a violação. Será média nos casos em que a parte possa lançar mão de qualquer remédio, pela falta de outro específico. E, por fim, a vinculação fraca é aquela meramente cultural, em que não há sanção pela inobservância do precedente, tampouco meio processual específico para combatê-la. Sobre o tema, ver também CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria (Org.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Roberto Eros Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1. p. 1527-1564.

23 De acordo com Daniel Mitidiero, caracteriza o modelo de Cortes Superiores: “a) compreensão cognitivista do Direito (jurisdição entendida como atividade de declaração de uma norma preexistente; b) função de controle da justiça das decisões, tendo a jurisprudência uniforme como instrumento para isso; c) as razões das decisões proferidas não são consideradas fontes primárias de Direito; d) a sua composição é de magistrados profissionalizado, compacto e homogêneo, por razões políticas, de modo que a uniformização jurisprudencial promovida seja instrumento político relevante (“servilismo judicial”); e) nomofilaquia consistente na defesa da legislação por meio do controle das decisões, gerando maior abertura recursal (tutela da legalidade e direito subjetivo ao recurso); f) possibilidade de interpretações distintas e concomitantes da legislação, sendo o dissídio, inclusive, saudável ao Direito; g) decisões têm efeito inter partes, sem vinculação para casos futuros, pois essa função é exclusiva da lei, sob pena de violação à separação dos poderes; h) limites de atuação do Judiciário são dados pelas partes no recurso; i) gera modelo de atuação individualista do magistrado, sem necessária noção de unidade institucional; j) possibilidade de rescisão do julgado. São características do modelo de Cortes Supremas: a) compreensão cética do Direito (dissociação entre texto e norma), de modo que a interpretação assume papel de atribuição de sentido adequado à norma; b) atuação jurisdicional e legislativa são complementares na construção do Direito; c) necessidade de justificação interna e externa das decisões (discurso justificativo, Direito como prática argumentativa); d) nomofilaquia consistente na tutela do Direito mediante adequada interpretação; e) composição por membros oriundos dos vários extratos sociais (pluralismo); f) competência para análise da unidade fático-normativa da causa; g) vinculação horizontal e vertical dos precedentes formados, que não têm, portanto, eficácia somente às partes; h) gera modelo de unidade institucional do Poder Judiciário; i) atuação proativa, com a orientação a toda a sociedade, aplicável a casos futuros; legitimação de filtros recursais e técnicas de julgamento concentrado, posto que não há direito subjetivo ao recurso, enquanto a função é de unidade do Direito, pela adequada interpretação” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 11-78).

24 A respeito da distinção do genuíno precedente do *common law* dos provimentos judiciais que compõem o sistema brasileiro de precedentes estruturados pelo Código de Processo Civil de 2015, Georges Abboud analisa três fatores que, conjuntamente, impedem a aproximação entre ambos. Segundo o autor, as distinções se justificam por fatores históricos, hermenêuticos e democráticos entre os sistemas de *common law* e *civil law* (ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 399-405). Em sentido semelhante, ver BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 197-198.

25 Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, “[...] o transplante de institutos de um sistema jurídicos a outro há de observar a necessidade de aferição da compatibilidade cultural entre os sistemas doador e receptor. As especificidades culturais, sobretudo as do sistema de destino, não de ser levadas em consideração, sob pena de serem criadas, neste traslado, verdadeiras ‘aberrações’, institutos parcial ou inteiramente desvirtuados de seu sentido originário e, mais grave, que não se amoldam ao regime constitucional do país em que adotados” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Op. cit., p. 197). Em sentido semelhante, Thomas da Rosa Bustamante adverte que, “embora tenhamos uma prática de seguir precedentes, não há uma teorização sobre eles. Interpretamos esses precedentes de maneira acontextual, como se fossem regras gerais idênticas às normas promulgadas pelo legislador, procurando evitar justamente o processo necessário e imprescindível de comparar os casos e suas circunstâncias particulares, bem como a incidência dos princípios fundamentais do direito sobre eles” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op. cit., p. 293).

26 Como contraponto ao que se defende neste texto, Lenio Streck e Georges Abboud entendem que “[...] a aplicação de precedentes ou de provimentos vinculantes não demanda uma *teoria processual própria*. Pelo contrário, o que é necessário é uma correta compreensão do paradigma pós-positivista que deve estruturar a contemporânea aplicação dos enunciados linguísticos. Vale dizer, não compreender os aspectos hermenêuticos do pós-positivismo pode nos fazer incorrer numa repriminção de modelos de pensamento vinculados ao positivismo primitivo (exegético) que

estaria defasado por mais de século” (STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 180).

27 “[...] jurisprudência tem o sentido de conjunto de julgados, relacionados a uma situação de fato específica, a um posicionamento jurídico, a um período de tempo e, evidentemente, a determinado órgão julgador” (SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015. p. 80).

28 SALLES, Carlos Alberto. Op. cit., p. 81.

29 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2. p. 381.

30 TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., p. 716.

31 SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 80.

32 Nem mesmo as súmulas vinculantes – introduzidas no ordenamento pela Emenda Constitucional 45/2004 – guardam identidade com os precedentes. O efeito vinculante atribuído a elas certamente representam a tendência de valorização do direito jurisprudencial, em sentido amplo, mas com grau de obrigatoriedade. Contudo, permanece a característica de desvinculação em relação ao caso de origem, não sendo essa uma condição à sua aplicação. Antes mesmo do advento das súmulas vinculantes no sistema processual brasileiro, Ovídio Araújo Baptista da Silva apresentava importantes diretrizes sobre o assunto: “Existe, sem dúvida, curioso equívoco dos que identificam a Súmula Vinculante ao sistema de “precedentes” utilizados pelos países de *common law*, por que há uma inocultável distinção e entre o precedente e a súmula de jurisprudência predominante. O precedente é sempre fruto de uma quebra de jurisprudência da corte; ele surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. [...]. Os precedentes não são súmulas vinculantes, fórmulas abstratas – tais como as leis. Valem por seus fundamentos, emergentes ao caso e comprometidas com suas circunstâncias” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 9, n. 13, jul.-set. 1999. p. 494, grifos do autor).

33 Consequência direta das raízes históricas de vinculação *civil law*.

34 Art. 926. [...].

§ 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.

35 “Não há, no direito vigente, qualquer preocupação com a precisa identificação da *ratio decidendi* e, por consequência, com outras técnicas, como a distinção e a superação da regra, o que é ainda mais grave em se tratando de se tomar a súmula, na qual não há descrição da situação concreta na qual surgiu a decisão originária, como sinônimo de precedente” (ZUFELATO, Camilo. Op. cit., p. 105).

36 FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 525-526.

37 Vide Capítulo 2.

38 ZUFELATO, Camilo. Op. cit., p. 95, grifo nosso.

39 Essa, aliás, tem sido muitas vezes a preocupação principal do legislador com várias reformas processuais empreendidas nos últimos anos, no Código de Processo Civil, com o aumento de mecanismos que obstem a subida de recursos aos Tribunais.

40 Eis o que a doutrina italiana reconhece se tratar da “função nomofilática” dos precedentes. Ou seja, a noção de que as Cortes Superiores têm o dever inerente de zelar pela uniformidade da jurisprudência, por meio de decisões que possam servir de parâmetro interpretativo seguro aos casos subseqüentes. A respeito do assunto, ver TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., p. 721.

41 “É muito difícil conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente, e isso provoca a sua má aplicação, e ainda diminui a sua força. [...] Jamais conseguiremos uma evolução consistente se ficarmos ‘copiando’ e ‘colando’ as conclusões sumuladas. Como foi dito, usam-se as súmulas para otimizar o tempo de julgamento, e não como fonte de direito capaz de proporcionar estabilidade e continuidade no direito” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 248-249).

42 Em sentido semelhante, Camilo Zufelato (Op. cit., p. 102) aponta que não é objetivo central do *case law* a busca pela celeridade processual, no sentido que se tem aplicado no Brasil. Mesmo porque, voltando à questão das fontes do direito, os precedentes no *common law* objetivam a criação do direito, ao passo que a experiência brasileira tem priorizado a função pacificadora do entendimento jurisprudencial sobre determinada questão jurídica, para reproduzi-la das instâncias superiores às inferiores.

43 MACCORMICK, Daniel; SUMMERS, Robert S. Op. cit., p. 546-549.

44 Art. 927. [...]

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

45 Art. 489. [...]

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

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

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

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

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

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

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

[...].

46 Caberia ao monarca decidir apenas nas hipóteses em que os membros da Casa da Suplicação permanecessem com dúvida para decidir. Para aprofundamento do tema dos *assentos* do direito hispano-lusitano, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 119-147; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Revista Justitia*. Disponível em: [www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf]. Acesso em: 05.11.2016.

47 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., p. 134-135.

48 “Visto que o Brasil Colônia estava integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves, compreende-se que, mesmo proclamada nossa independência política (1822), aqui continuassem a projetar efeitos as Ordenações Filipinas e, juntamente com elas, os Assentos da Casa da Suplicação [...]. Esses últimos viriam a ser recepcionados formalmente no direito pátrio pelo Decreto Legislativo 2.684, de 30.10.1875 [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 212).

49 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 147.

50 Ainda que se admita que o artigo 927 do Código de Processo Civil o faça em graus distintos.

51 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 129-131.