

FONTES DO DIREITO E CIRCULAÇÃO DE MODELOS JURÍDICOS: O SISTEMA DE PRECEDENTES NA *COMMON LAW* E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

SOURCES OF LAW AND CIRCULATION OF LEGAL DESIGNS: JUDICIAL PRECEDENTS IN COMMON LAW SYSTEMS AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Fabiana de Menezes Soares²

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel³

Resumo

O novo Código de Processo Civil normatizou a aplicação dos precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro, como uma forma de uniformizar e estabilizar a jurisprudência dos Tribunais. Diante disso, este artigo retorna à origem classificatória do instituto enquanto uma fonte do direito para melhor compreensão de sua estrutura. Em sequência, o trabalho resgata o seu embasamento teórico e funcionamento na tradição de *common law*, que poderá contribuir para a consolidação de uma doutrina do precedente no Brasil.

Palavras-chave: Precedente. Direito jurisprudencial. Fonte do direito. *Common law*. Novo Código de Processo Civil.

Abstract

The new Code of Civil Procedure stipulated the enforcement of judicial precedents in Brazilian law, as a way to unify and stabilize the Courts' decisions. Therefore, this paper returns to the qualifying background of this institute as a source of law, in order to better comprehend its framework. In a row, the essay recovers precedent's theoretical basis and its functioning within *common law* tradition, which can contribute greatly to the entrenchment of a doctrine of precedent law in Brazil.

Keywords: Precedent. Case-law. Source of law. *Common law*. New Code of Civil Procedure.

¹ Artigo originalmente publicado em: SOARES, FABIANA DE MENEZES; MACIEL, CAROLINE STÉPHANIE FRANCIS DOS SANTOS. Fontes do Direito e circulação de modelos jurídicos: o sistema de precedentes na *Common Law* e no novo Código De Processo Civil. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 2, p. 147-168, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1602>>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

² Professora Associada II da Faculdade de Direito da UFMG. Professora residente no IEAT/UFMG. Coordenadora do grupo de pesquisa Observatório para a Qualidade da Lei e do Núcleo de Inclusão Digital da Clínica de Direitos Humanos. *E-mail*: fabimz@icloud.com.

³ Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestra em Direito, com bolsa do CNPq, pela UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG, com formação complementar na *University of Leeds*. Advogada vinculada à Divisão de Assistência Judiciária em Direito Tributário e Civil. *E-mail*: carolinedossantos3@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (NCPC) e com ele ampliou-se e, assim, valorizou-se o uso de precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro. A grande novidade trazida pelo NCPC em matéria de direito jurisprudencial é a adoção do instituto do precedente vinculante (art. 927). A preocupação do novo legislador ao normatizar um sistema de precedentes no Brasil foi com o recorrente problema de diferentes juízes ou Tribunais proferirem decisões judiciais com orientações diversas (ou até mesmo opostas) para a solução de casos idênticos ou similares. Trata-se, portanto, de uma questão de segurança jurídica e de igualdade da aplicação da lei que se dá através da uniformização da jurisprudência (art. 926 do NCPC).

O instituto do precedente jurisprudencial é, tradicionalmente, associado aos sistemas de *common law*, nos quais foram desenvolvidos uma série de conceitos fundamentais e de mecanismos indispensáveis à aplicação do precedente ao caso dado. Nesse sentido, para se constatar se cabe a observância de um precedente, o intérprete deve verificar qual é a *ratio decidendi* da decisão pretérita para determinar se o caso *sub judice* se insere nessa razão determinante; essa é a forma de esclarecer a existência ou não de similariedade relevante entre os dois casos. Aquilo que não foi determinante para a decisão é chamado de *obiter dictum*, sendo que essas questões tangenciais não vinculam o juiz ou Tribunal na forma de precedente judicial.

No entanto, nem sempre existirá essa similariedade entre os dois casos; nas hipóteses nas quais o caso presente se distingue significativamente do caso pretérito, o julgador se valerá do mecanismo de *distinguishing* para afastar a aplicação do precedente ao caso dado, justificando as razões para tanto. Por fim, pode-se constatar que o precedente anteriormente fixado já se tornou ultrapassado e não é mais adequado para o contexto atual. Nesse caso, a saída é o *overruling*, que é o instrumento que permite a superação de um entendimento jurisprudencial. A utilização de todos esses conceitos e instrumentos passa por entender o precedente como uma prática argumentativa e racional, de tal forma que a decisão judicial que aplica, distingue ou supera um precedente tem de ser sempre bem fundamentada.

Mas a questão do precedente volta, antes de tudo, ao seu reconhecimento como uma fonte do direito. Ao admitir-se, no âmbito de um ordenamento jurídico, o pluralismo de normas e a existência de um sistema de fontes diversificado, surge a necessidade de unidade e coerência desse sistema, que deve se dar através da sua unificação em um fator último comum. São as normas da Constituição que trazem essa unidade e garantem um diálogo

harmônico entre as fontes do direito. Desse modo, o precedente jurisprudencial terá como fator limitante ao seu reconhecimento como fonte do direito os parâmetros trazidos pela Constituição de 1988.

Diante desse quadro, o presente artigo pretende comparar os parâmetros de aplicação dos precedentes jurisprudências trazidos pelo NCPC para o direito brasileiro com a teoria de precedentes tradicionalmente aplicada em um sistema vinculado ao *common law*. Para tanto, esboçar-se-á, primeiramente, um delineamento geral sobre o reconhecimento das fontes como pertencentes ao direito e os reflexos dos limites desse reconhecimento no precedente jurisprudencial; em sequência, avaliar-se-ão os conceitos e mecanismos relacionados ao instituto do precedente na tradição de *common law* para, ao final, trazer à baila a previsão do NCPC. Por fim, propor-se-á uma circulação de modelos jurídicos que permita a construção futura de uma doutrina de precedentes consistente e compatível com o ordenamento pátrio.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DE UNIDADE E COERÊNCIA DO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO.

Antes de mais nada, cabe trazer à baila o sentido trazido pelo vocábulo *fontes do direito*. Conforme destaca Fabiana de Menezes, tal sentido “evoca uma dimensão metajurídica, pois congrega uma constelação de fatos-suporte e atos capazes de gerar normas jurídicas”.⁴A sua dimensão metajurídica se relaciona com o fato de que as fontes do direito vão além do direito positivado em uma sociedade, alcançando essa série de fatos e atos sociais, a partir dos quais, subsequentemente, a produção do direito se dá. Nessa perspectiva, a teoria das fontes parte do pressuposto de que o direito não é um dado, mas uma construção⁵e, assim, reporta-se a essa realidade anterior à manifestação concreta do direito.⁶

No entanto, esse não é o único significado possível da expressão *fontes do direito*,⁷enumera, a princípio, três sentidos utilizados: i) a origem do direito, que envolve o aspecto histórico do fenômeno jurídico; ii) o conjunto de fatores que geram ou condicionam uma norma jurídica, que seria o sentido sociológico ou material (e aqui adotado); iii) o conjunto de textos pelos quais as normas se expressam, que seria o aspecto textual do termo.As fontes do direito descrevem, no sentido aqui adotado, os diversos “modos de

⁴ SOARES, 2002, p. 102.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 190.

⁶ HESPANHA, 2009, p. 531.

⁷ Tércio Sampaio também discute essa ambiguidade da expressão *fontes do direito* e dos múltiplos significados que possui (Ver: FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 192).

⁸ HESPANHA, 2009, p. 530.

formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento”, nas palavras de Tércio Sampaio.⁹O sistema de fontes é diversificado, sobretudo em razão do dinamismo social e, conseqüentemente, do dinamismo normativo. Assim, o pluralismo normativo, isto é, a existência de normas em vários âmbitos e níveis, é um fato.¹⁰

O reconhecimento de uma norma como jurídica levanta a questão sobre a sua *fonte* e, conseqüentemente, quando se consagra uma fonte do direito, reconhece-se que toda norma que advém dessa fonte “deve ser considerada como pertencente ao ordenamento”.¹¹ Para Hespanha¹², as práticas do cotidiano também podem ser reconhecidas como fontes do direito, tais como aquelas pouco estruturadas, dotadas de sentimento difuso de obrigatoriedade (usos e costumes), aquelas decisões baseadas na equidade ou ainda aqueles atos jurídicos refletidos e intencionais (contrato).No entanto, o reconhecimento de formas de manifestação do direito não estatais envolve interesses sociais e políticos e, com isso, gera confrontos socio-políticos.¹³Por isso, é necessário haver um critério para se determinar se uma fonte é ou não reconhecida como jurídica.¹⁴ Desse modo, tem-se essa aparente contradição que deve ser equibrada: de um lado, o pluralismo normativo e, de outro, os limites ao reconhecimento de fontes do direito, estabelecidos pela vontade popular formalmente expressa.¹⁵

Enquanto predominava a ideia de que todas as fontes do direito provinham de um núcleo comum, seja ele a vontade de Deus, a razão ou o espírito do povo, a unidade e coerência do ordenamento jurídico eram garantidas, uma vez que, ainda que se admitisse o pluralismo de normas, o sistema de fontes se unificava em um desses pressupostos últimos. Ultrapassados esses paradigmas, o ordenamento jurídico se viu aparentemente formado por um conjunto díspar de fontes, sem unidade sistemática. Foi o Estado constitucional que reintroduziu alguma unidade ao sistema de fontes ao sujeitá-lo à hegemonia das normas e valores constitucionais.¹⁶

Bem verdade, a Constituição incorpora o pluralismo normativo e não reduz o direito ao direito estatal, nem reduz as fontes às de origem constitucional.¹⁷Uma fonte do direito pode ter origem não estatal ou não derivar da Constituição e, ainda assim, ser reconhecida por ela como tal, desde que essa fonte se conforme aos ditames constitucionais. Desse modo, o critério último para se determinar se uma fonte é jurídica é a Constituição, entendida como

⁹ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 194.

¹⁰ HESPANHA, 2009, p. 524.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 193.

¹² HESPANHA, 2009, p. 534.

¹³ HESPANHA, 2009, p. 524.

¹⁴ Um desses critérios poderia ser a regra de reconhecimento de Hart. (HESPANHA, 2009, p. 526).

¹⁵ HESPANHA, 2009, p. 528.

¹⁶ HESPANHA, 2009, p. 536.

¹⁷ HESPANHA, 2009, p. 537.

“norma primária sobre a produção jurídica”.¹⁸ Ela traz unidade ao estruturar “consensos dominantes sobre o reconhecimento ou não da norma como jurídica” que, para tanto, deve atender a dois requisitos: corresponder a um sistema de fontes do direito explícito ou implícito na Constituição e que tal sistema não ofenda os comandos constitucionais.¹⁹

Desse modo, basta fazer um teste de validade, conforme os parâmetros constitucionais, de cada suposta fonte do direito para verificar se cumpre os requisitos acima elencados. Nesse artigo, a ênfase se dá em relação ao reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito e dos limites trazidos pela Constituição de 1988 a esse reconhecimento.

3 O DIREITO JURISPRUDENCIAL COMO FONTE DO DIREITO: O USO DE PRECEDENTES PARA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E SEUS LIMITES

No final do séc. XVIII e início do séc. XIX, surgiu um novo modelo de organização e sistematização jurídica na Europa Continental, conhecido como codificação. Nesse contexto, a lei é considerada a fonte do direito por excelência e, na sua elaboração, deve se buscar o máximo de clareza, simplicidade e brevidade possíveis.²⁰ Com a centralidade dada à lei, o papel dos intérpretes, no caso aqui, dos juízes, é traduzir a vontade e os fins do legislador enquanto “ente abstrato dotado de razão”.²¹ Nesse sentido, Montesquieu afirmou: “Os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”.²² No século XXI, ainda que a importância da lei continue inegável, sobretudo em países de tradição *decivil law*, como o Brasil, vivencia-se a crise do legalismo.²³ Diante desse quadro, a posição da jurisprudência foi repensada, para deixar de ser considerada uma fonte subordinada à lei e sem autonomia.

A interpretação e integração são tarefas jurisprudenciais (além de doutrinárias) que fixam e consolidam o sentido que as leis serão aplicadas; o sentido da lei é, em outras palavras, antes jurisprudencial do que legislativo.²⁴ A longa sobrevivência de codificações seculares nos ordenamentos jurídicos se dá justamente mediante a alteração de seus significados pela jurisprudência (e pela doutrina), que permite adequá-los às modificações sociais contínuas e complexas.²⁵ Por isso, hoje, não se deve mais questionar a autonomia da

¹⁸ CANOTILHO, 2003, p. 693.

¹⁹ HESPANHA, 2009, p. 539.

²⁰ TARELLO, 2008, p. 7-8.

²¹ TARELLO, 2008, p. 16.

²² MONTESQUIEU, 1949, p. 159.

²³ HESPANHA, 2009, p. 581.

²⁴ HESPANHA, 2009, p. 553.

²⁵ HESPANHA, 2009, p. 552.

jurisprudência como forma de manifestação e formação do direito. O direito jurisprudencial é, portanto, fonte do direito, mas, assim como as demais fontes, deve se submeter à ordem constitucional, no caso brasileiro, a Constituição de 1988.

Um grande risco trazido pelo reconhecimento do direito jurisprudencial como fonte do direito envolve questões de segurança jurídica e de igualdade de tratamento na aplicação da lei. Isso porque os juízes das diversas varas do país decidem, muitas vezes, de forma antagônica os vários casos baseados nas mesmas premissas fáticas. A solução para esse problema é a adoção de mecanismos de uniformização jurisprudenciais, dentre os quais se incluem o reconhecimento de eficácia *erga omnes* a certas decisões (como uma decisão do STF em sede de controle concentrado direto), a adoção de súmulas, vinculantes ou não, e a construção de precedentes judiciais, sendo, este último, o foco desse artigo.

Uma decisão construída de acordo com um precedente é aquela que “se baseia no que foi decidido quando a mesma questão teve de ser solucionada no passado”.²⁶ O precedente significa, assim, proferir a mesma solução jurídica na decisão presente que foi dada em uma decisão passada para as mesmas questões; uma decisão passada, portanto, guia a construção de uma decisão presente.²⁷ Seguir um precedente é, então, uma atividade de olhar para o passado, mas, além disso, envolve uma dimensão do futuro,²⁸ pois, assim como a atividade de criar um precedente, orientar-se conforme ele pode influenciar os próximos julgadores a também fazê-lo.²⁹

No entanto, nem todo uso de decisões passadas envolve um raciocínio por um precedente e a distinção se faz com base na diferença entre aprendizagem ou persuasão e obediência ou observância a decisão passada.³⁰ Um argumento baseado em um precedente é aquele que fornece um peso independente ao fato de que aquele mesmo resultado foi alcançado no passado.³¹ Decide-se conforme um precedente quando se segue decisões passadas pelo simples fato de elas existirem, isto é, pelo *status* que aquela decisão possui; é, portanto, uma decisão baseada na autoridade do precedente. Ao revés, quando, por exemplo, um juiz federal toma conhecimento e sente persuadido por um argumento utilizado em decisão de um Tribunal estadual, ele não está obedecendo ou seguindo um precedente, ainda que ele cite aquela decisão, mas tão somente utilizando experiências jurisprudenciais pretéritas para construir a sua própria decisão.

²⁶ DUXBURY, 2008, p. 1.

²⁷ SCHAUER, 2009, p. 36-37.

²⁸ SCHAUER, 1987, p. 573.

²⁹ DUXBURY, 2008, p. 4.

³⁰ SCHAUER, 2009, p. 38.

³¹ SCHAUER, 1991, p. 182.

É o que ilustra categoricamente Radin:

Se uma Corte segue uma decisão passada, porque uma regra reverenciada foi nela proferida, porque é a decisão correta, porque é lógico, porque é justo, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque foi generalizadamente aceita e seguida, porque assegura um resultado benéfico para a sociedade, nada disso é a aplicação da *stare decisis*. Para se fazer com que seja uma aplicação da mesma, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão prévia e por nenhuma outra razão.³²

Nesse sentido, Atiyah afirma que “o conceito de um sistema de precedentes é que ele obriga os juízes, em certos casos, a seguirem decisões, ainda que não concordem com elas”,³³ seja porque são precedentes verticais (de Cortes superiores) ou horizontais (pretéritas da própria Corte).³⁴ A vantagem disso é garantir a segurança jurídica e a estabilidade decisional, na medida em que as partes interessadas podem confiar e prever que as questões jurídicas que já foram solucionadas e para as quais já foi construído um precedente serão decididas da mesma forma.³⁵ Assim, um sistema de precedente pode fornecer um considerável grau de segurança jurídica, de tal forma que se possa antecipar como o Tribunal irá decidir naquele caso e esta seria a justificativa mais importante para se seguir um precedente.³⁶

Além disso, outra justificativa para a observância de precedentes envolveria um argumento de igualdade de tratamento ou de justiça,³⁷ de tal forma que casos essencialmente similares devem receber a mesma solução jurídica, assim como aqueles de natureza diversa devem ser tratados diferentemente. Isso envolveria, também, uma questão de integridade, nas palavras de Dworkin: “a observância de um precedente (...) garante que o governo, através de suas Cortes, ‘fale com uma única voz’ na aplicação dos princípios para seus cidadãos – a essência da ‘integridade’.”³⁸ Assim, seguir os precedentes seria uma forma de se garantir a integridade do direito.³⁹

Ainda, um sistema de precedentes aumenta a eficiência judicial, pois facilita o trabalho dos juízes e Tribunais, que seria consideravelmente maior “caso toda decisão anterior pudesse

³² RADIN, 1933, p. 200.

³³ ATIYAH; SUMMERS, 1986, p. 27

³⁴ Schauer (2009, p. 36-37) é quem traz essa distinção entre precedente vertical e horizontal. Na perspectiva vertical, diz-se que as Cortes inferiores têm a obrigação de seguir os precedentes das Cortes superiores, compatíveis com a sua jurisdição. Nesse sentido, um juiz estadual deve seguir as decisões do Tribunal ao qual se vincula, bem como do STJ e do STF (ideia de hierarquia judicial). Já no aspecto horizontal, as Cortes também devem seguir as suas próprias decisões anteriores. Trata-se aqui de colocar as decisões pretéritas em um patamar superior às posteriores, pelo simples fato de serem anteriores (doutrina do *stare decisis*).

³⁵ SCHAUER, 2009, p. 43.

³⁶ GOODHART, 1934, p. 58.

³⁷ Alexy fala em princípio da universalidade, “a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”. (ALEXY, 2001, p. 259).

³⁸ DWORKIN, 1986, p. 165.

³⁹ Essa argumentação é defendida por Christopher Peters (PETERS, 1996, p. 2038–2039, 2073–2077).

ser reaberta em todo caso presente”.⁴⁰Em um sistema de precedentes eficiente, as chances de o caso transitar em julgado na primeira instância são maiores, uma vez que, existindo um precedente vertical sobre o tema e o juiz aplicando-o corretamente, as partes têm fortes motivos para não recorrer. Isso é especialmente importante no contexto brasileiro de crise do Judiciário por abarrotamento de ações ajuizadas.

Por outro lado, ainda que a estabilidade decisional seja desejável, alguns autores apontam o risco de engessamento do Judiciário com a adoção de um sistema de precedentes rigoroso. O precedente pode ter sido construído em um contexto completamente diferente ou estar equivocando e, em última instância, os juízes devem respeitar a Constituição e não aqueles intérpretes que vieram antes deles. É o que o Ministro William O. Douglas alerta:

Um juiz analisando uma decisão em matéria constitucional pode ter necessidade de reverenciar a história pretérita e aceitar o que já foi escrito. Mas ele lembra que, acima de qualquer coisa, ele jurou proteger e seguir a própria Constituição, não a interpretação que seus predecessores fizeram. Então ele formula as suas próprias visões, rejeitando algumas das anteriores como falsas e adotando outras. Ele não pode fazer de outra forma, a não ser que ele deixe que homens mortos há muito tempo e que desconhecem os problemas da época em que ele vive pensem por ele.⁴¹

A preservação de um precedente pode não ser a melhor alternativa e as Cortes podem se ver obrigadas a seguirem precedentes que “persistem por nenhuma razão melhor que o fato de ter sido fixado na época de Henrique IV”.⁴²Por isso, não se pode entender que um sistema de precedentes retira a discricionariedade judicial, uma vez que os juízes têm o dever, antes de mais nada, desolucionar o caso *sub judice* (art. 5º, XXXV da CF/88) em conformidade com a suas peculiaridades e, para tanto, precisa de flexibilidade na aplicação dos precedentes.

Como Marmor afirma:

(...) As Cortes devem ser autorizadas, ao menos em alguns casos, a chegar a preferências diferentes entre valores incomensuráveis. A uniformidade das decisões que é imposta pelo princípio de tratar casos similares de forma semelhante compromete gravemente a habilidade das Cortes de reagir às necessidades da diversidade e pluralismo.⁴³

Além disso, argumentos de eficiência judicial não podem significar a aplicação mecânica de precedentes, na busca por uma Justiça de números. Isso significaria o descumprimento do juiz de seu dever constitucional de “distribuição da justiça individual,

⁴⁰ CARDOZO, 1921, p. 149.

⁴¹ DOUGLAS, 1949, p. 735-736 *apud* GERHARDT, 2008, p. 51.

⁴² HOLMES, 1897, p. 457, 459.

⁴³ MARMOR, 2005, p. 35.

caso a caso”,⁴⁴ bem como do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88 e art. 11 do CPC/15). Dessa forma, a existência de um sistema de precedentes deve vir acompanhada de uma hermenêutica cuidadosa e de uma cultura argumentativa, para que não se torne um incentivo ao formalismo pernicioso.⁴⁵ Nesse sentido, conclui-se que a normatização de um sistema de precedentes no Brasil pelo Novo Código de Processo Civil tem o potencial de trazer muitos benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro, tais como: segurança jurídica, estabilidade decisional, igualdade de tratamento e garantia de justiça formal, integridade do direito jurisprudencial, limitação ao poder do juiz, eficiência judicial, dentre outros.

No entanto, para que o precedente se configure como uma prática benéfica, deve vir acompanhado de uma teoria hermenêutica-argumentativa que o sustente e que garanta que ainda exista flexibilidade judicial, discricionariedade (limitada) dos juízes, prestação efetiva da tutela jurisdicional e fundamentação das decisões judiciais. Caso contrário, o uso do precedente se torna uma desculpa para “agir sem razão, para declarar a exclusão da razão e, portanto, em oposição à razão”.⁴⁶ Para tanto, cabe um resgate dos parâmetros de utilização dos precedentes em um contexto de *common law*, cuja longa tradição no uso desse instrumento pode contribuir para o amadurecimento e aperfeiçoamento de um sistema de precedentes com embasamento racional e também adequado ao contexto brasileiro.

4 A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES EM UM SISTEMA DE *COMMON LAW*: CONCEITOS E MECANISMOS BASILARES

Enquanto os países de tradição predominantemente de *common law* desenvolvem mecanismos e técnicas para a correta utilização dos precedentes, que não resulte em engessamento do Judiciário e possibilite a sua flexibilização conforme as peculiaridades do caso *sub judice*, os países inseridos em contexto de inclinação para *civil law*⁴⁷ sofrem do problema inverso: a ausência de estabilidade jurisprudencial, buscando formas que auxiliem na uniformização da jurisprudência.⁴⁸

⁴⁴ DERZI, 2012, p. 611.

⁴⁵ BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 335-336.

⁴⁶ BENTHAM, 1983, p. 434.

⁴⁷ Cabe aqui fazer um alerta quanto à crise de uma visão pura e contraposta desses modelos tradicionais (*common law* x *civil law*), uma vez que hoje os ordenamentos combinam aspectos das duas tradições, em maior ou menor medida, e há variações significativas entre ordenamentos classificados como o mesmo modelo processual, por exemplo, as heterogeneidades entre os sistemas de *common law* dos Estados Unidos e do Reino Unido. (TARUFFO, 2013, p. 18, 25). Por isso, falamos em predominância ou inclinação maior ao *common law* ou ao *civil law*, sem fazer classificações absolutas em categorias estanques.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 243.

Nesse sentido, a experiência de direito comparado esclarece a forma como esses países enfrentaram e resolveram os mesmos problemas pelos quais se passa hoje aqui e pode contribuir para que sejam realizadas reformas no ordenamento brasileiro. É o que afirma Taruffo: “o melhor modo de conhecer o próprio ordenamento é o de conhecer outros ordenamentos.”⁴⁹ Assim, a circulação de modelos jurídicos é extremamente enriquecedora, na medida em que a análise do funcionamento do instituto do precedente em um contexto no qual houve a sua consolidação gradativa contribui para se entender como ele deve funcionar de forma efetiva no Brasil, mas se adequando às peculiaridades deste ordenamento e ao projeto cultural pressuposto neste artigo.

O primeiro passo para a aplicação de um precedente ao caso concreto é, obviamente, a identificação da existência de precedente (s) relevante (s) para a solução do caso.⁵⁰ Essa tarefa pode ser mais difícil do que parece, pois, bem verdade, geralmente o caso julgado e os casos passados não são idênticos. Por isso, identificar o precedente passa por verificar se existe alguma decisão passada similar e, mais importante, “se a similariedade entre o possível precedente e o caso presente é relevante”.⁵¹ Para se determinar se um caso anterior é relevantemente similar ao caso *sub judice*, a ponto de ser identificado como um precedente, deve se buscar a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento ou a razão da decisão judicial. Assim, uma decisão é um precedente para todos aqueles casos futuros que se inserem na *ratio decidendi* do precedente. Dessa forma, Alexy conclui que: “a aplicação de um precedente implica na aplicação da *norma subjacente à decisão* na lei causal”,⁵² isto é, da *ratio decidendi*.

Constatar qual a *ratio decidendi* do precedente pode ser uma atividade interpretativa complexa, mas o melhor caminho seria distinguir a *ratio decidendi* das *obiter dicta*. A última referir-se-ia às “questões que podem ser retiradas da decisão ou cujos significados podem ser invertidos, sem que, em ambos os casos, a decisão em si seja alterada”,⁵³ enquanto a *ratio*, ao revés, seria central para a construção da decisão. Nesse sentido, a *ratio* “é qualquer regra do direito explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão, levando-se em consideração a linha de raciocínio desenvolvida por ele”.⁵⁴ Assim, em *R v. Howe & Bannister* (1987), a *ratio decidendi* do caso foi que a defesa de coação não pode ser usada em caso de homicídio. A *House of Lords* também entendeu que o mesmo poderia se dizer quanto à tentativa de homicídio, mas essa discussão não afetava o

⁴⁹ TARUFFO, 2013, p. 12.

⁵⁰ SCHAUER, 2009, p. 44.

⁵¹ SCHAUER, 2009, p. 45.

⁵² ALEXY, 2001, p. 261.

⁵³ DUXBURY, 2008, p. 67.

⁵⁴ CROSS; HARRIS, 1991, p. 72.

resultado final da decisão do caso *sub judice* (que era de homicídio e não de tentativa de homicídio) e, portanto, era a *obiter dictum* do caso.

A simplicidade da distinção teórica, contudo, oculta a dificuldade prática dessa diferenciação.⁵⁵ Apesar disso, é importante distinguir a *ratio*, pois essa é a única parte da decisão pretérita que vincula os juízes nos casos subsequentes. Ademais, a distinção merece destaque porque explica como o precedente judicial limita a decisão do juiz, mas lhe mantém um certo grau de discricionariedade. Isso porque ainda que o juiz não siga a *ratio* de uma decisão passada em um caso que, aparentemente, nele se enquadra, ele deve fundamentar tal decisão e explicar o porquê de ter utilizado o *distinguishing*. Desse modo, o caráter vinculativo dos precedentes não é absoluto e há dois institutos que permitem o seu afastamento no caso presente, mediante o esclarecimento das razões para tanto, quais sejam: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*).

O *distinguishing* é um mecanismo que permite ao juiz ou à Corte inferior não aplicar um precedente vertical ou horizontal, em razão de o precedente ser materialmente diferente do caso a ser decidido. Assim, os precedentes (verticais ou horizontais) obrigam que os juízes ou Tribunais inferiores os apliquem ou os diferenciem do caso *sub judice*.⁵⁶ *Distinguishing* é “uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o atual, mostrando que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso dado”.⁵⁷ Na medida em que nenhum caso é idêntico a outro, usar a técnica da distinção é sempre possível, ainda que sua utilização em larga escala seja improvável, pois deve ser sempre justificada, demonstrando-se que a diferença entre os dois casos é suficientemente relevante para se afastar o precedente no caso.

No caso *Merritt v Merrit* (1970),⁵⁸ o Tribunal de Apelação entendeu que um acordo assinado entre um casal já separado era vinculante e que havia intenção das partes de se obrigarem legalmente, distinguindo esse caso do precedente fixado em *Balfour v Balfour* (1919),⁵⁹ no qual o acordo entre um marido e mulher, feito na vigência do casamento, foi considerado meramente doméstico e social, sem intenção das partes de se obrigarem legalmente após a separação. A razão de distinção entre os dois casos e de não aplicação do precedente foi o fato de que, no caso *Merritt*, o acordo foi assinado após a separação, não configurando mero entendimento conjugal. Ao contrário, em *Balfour*, o acordo foi feito antes

⁵⁵ É o que alerta Benjamin Cardozo (CARDOZO, 1921, p. 30). Mas, como destaca Siltala, as Cortes do Reino Unido e dos EUA não têm tanta dificuldade nessa tarefa, em razão dos séculos de tradição em como ler precedentes. (SILTALA, 200, p. 122).

⁵⁶ SCHAUER, 2009, p. 58.

⁵⁷ DUXBURY, 2008, p. 113.

⁵⁸ *Merritt v Merritt* [1970] 1 WLR 1211 Court of Appeal

⁵⁹ *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571.

da separação e, com ela, já não valia mais, pois era apenas um compromisso doméstico, não legal.⁶⁰

Este instituto não se confunde com o *overruling*; nesse caso, a Corte pode reconhecer que se trata da mesma questão trazida pelo precedente, mas, ainda assim, rejeitá-la. Quando um precedente é superado, não se trata apenas de não aplicá-lo ao caso dado, mas de se modificar o entendimento jurisprudencial quanto àquela questão, fixando-se novo precedente.⁶¹ No entanto, só é possível se valer da superação em caso de precedentes horizontais, pois não seria admissível uma Corte inferior *overrule* um precedente de uma superior, e em casos muito extremos (última *ratio*), nos quais se verifica que a decisão é manifestadamente equivocada e que gera consequências nocivas.⁶²

Em *Pepper v. Hart* (1993),⁶³ a *House of Lords* decidiu que, se uma legislação ordinária é ambígua ou obscura, o Judiciário pode, em certas circunstâncias, levar em consideração o que foi dito pelos parlamentares durante o processo legislativo, valendo-se dos relatórios oficiais dos debates parlamentares (chamado de *Hansard*). Essa decisão superou (*overruled*) o precedente que vigorava previamente, fixado em *Davis v. Johnson* (1978),⁶⁴ que estabelecia que o *Hansard* não poderia ser consultado como fonte de interpretação da lei, por ser uma violação dos privilégios dos parlamentares. Da mesma forma, em *British Railways Board v. Herrington* (1972),⁶⁵ determinou-se a responsabilidade civil da companhia ferroviária britânica pela sua negligência na manutenção de cercas nas ferrovias, que possibilitou que alguém que entrou sem permissão se ferisse. Ao julgar esse caso, a *House of Lords* superou (*overruled*) a decisão de *Addie v. Dumbreck* (1929),⁶⁶ no qual se entendeu que o proprietário de uma mina de carvão não tinha o dever de cuidado em relação àqueles que entram sem permissão na sua propriedade, mas apenas o dever de não causar dano intencional.

Overruling envolve, geralmente, a superação de um entendimento tido como ultrapassado e lamentado historicamente. Há, no entanto, variações entre os países de *common law* na frequência do uso das técnicas de *distinguishing* e *overruling*. Bem verdade, as Cortes dos Estados Unidos, geralmente, utilizam-nas com mais frequência do que os do Reino Unido.⁶⁷ O sistema de precedentes no Reino Unido é tradicionalmente conhecido por ter um enfoque mais formalista e por uma observância dos precedentes mais rigorosa do que nos

⁶⁰Da mesma forma, no caso *Youssouf v. Columbia Broadcasting System* (1965) foi diferenciado do precedente fixado em *Riggs v. Palmer* (1889), através do *distinguishing*. Ver: SCHAUER, 2009, p. 58.

⁶¹DUXBURY, 2008, p. 117.

⁶²SCHAUER, 2009, p. 60.

⁶³*Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* [1993] AC 593

⁶⁴*Davis v. Johnson* [1978] 2 WLR 553 House of Lords

⁶⁵*British Railways Board v. Herrington* [1972] AC 877 House of Lords.

⁶⁶*Addie v. Dumbreck* [1929] AC 358 House of Lords.

⁶⁷ATIYAH; SUMMERS, 1987, p. 118-127.

EUA, no qual prevalece um sistema de precedentes mais flexível e pragmático.⁶⁸No entanto, esse formalismo na doutrina *stare decisis* britânica tem sido atenuado nas últimas décadas, a partir de 1966, quando o Lorde Chancellor emitiu o *Practice Statement* autorizando a *House of Lords* a “afastar uma decisão anterior quando essa aparentar ser a coisa certa a se fazer”.⁶⁹

A possibilidade de distinção ou de superação de um precedente parece contradizer a ideia de obrigatoriedade da doutrina do *stare decisis*, já que, se o juiz ou Tribunal tem o poder de escolher entre se vincular ou não ao precedente, ele, na verdade, não limita o poder judicial. No entanto, como assevera Duxbury, a capacidade judicial de não seguir um precedente não significa que ele seja um método fraco de autoridade, uma vez que, para se afastar validamente de um precedente no caso dado, o juiz deve motivar a sua decisão.⁷⁰

Se o precedente não tivesse autoridade, não haveria necessidade de justificar a sua não aplicação; ele cria, assim, um dever argumentativo para o juiz.⁷¹Nesse sentido, Alexy fala na condição geral para a não aplicação do precedente: a justificabilidade pelo argumento.⁷²Assim, a exigência do respeito ao precedente é a questão de princípio, ainda que se admita eventuais exceções, sujeitas ao esclarecimento do argumento por aquele que se propõe a fazer a exceção, no caso, o juiz.

Desse modo, seja para determinar a *ratio decidendi* ou *obiter dictum* de uma decisão, seja para definir se é caso de aplicação do precedente ou se é caso de *distinguishing* ou de *overruling*, em todas essas hipóteses, a construção do raciocínio judicial deve se dar de forma argumentativa e fundamentada em razões relevantes. Em outras palavras, “a decisão só poder ser alterada se boas razões suficientes puderem ser aduzidas para se fazer isso”.⁷³Por isso, o precedente pode ser visto como uma ferramenta argumentativa, utilizada na interpretação dos comandos constitucionais, que fornece uma justificativa racional para a decisão judicial.

Como ensina Alexy, a argumentação jurídica é uma atividade linguística que se preocupa com a exatidão das afirmações normativas.⁷⁴ Isso significa que a aplicação argumentativa e discursiva dos precedentes deve ser uma atividade racionalmente justificável. Nesse contexto, ele formula duas regras gerais para a utilização dos precedentes: i) sempre que cabível, o precedente deve ser citado, seja a favor ou contra a decisão; ii) aquele que

⁶⁸ SILTALA, 2000, p. 122.

⁶⁹ CROSS; HARRIS, 1991, p. 104.

⁷⁰ DAXBURY, 2008, p. 112.

⁷¹ SCHAUER, 1987, p. 580.

⁷² ALEXY, 2001, p. 259.

⁷³ Trata-se da enunciação do princípio da inércia de Perelman (PERELMAN, 1970, p. 42 *apud* ALEXY, 2001, p. 259).

⁷⁴ ALEXY, 2001, p. 25-26.

deseja se afastar do precedente existente no caso dado fica com o encargo do argumento. A “regra do encargo do argumento” se aplica, portanto, aos casos de utilização da técnica do *distinguishing* e do *overruling*.⁷⁵

Tendo em vista essas considerações teóricas indispensáveis para a adoção de um sistema de precedentes, passa-se, agora, à análise dos dispositivos do NCPC que regulam esse instituto no Brasil.

5 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A previsão normativa de mecanismos de uniformização jurisprudencial não é uma novidade do CPC/2015. No ordenamento jurídico brasileiro já havia alguns desses instrumentos, tais como o instituto da súmula dos Tribunais (arts. 476 a 479 CPC/73), a súmula vinculante (art. 103-A CF/88 – EC 45/04), o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos (art. 543-B e art. 543-C CPC/73). A grande novidade do NCPC foi a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial, bem como a sistematização do uso de um raciocínio por precedentes jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma que se estabeleçam premissas normativas mínimas para o uso do Direito jurisprudencial no Brasil.⁷⁶

A questão dos precedentes e de outros mecanismos de uniformização jurisprudencial é tratada no Livro III da Parte Especial, Título I, Capítulo I, nos artigos 926 a 928. O artigo 926⁷⁷ traz uma preocupação com a integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência dos Tribunais. Para lidar com tais questões, determina que os tribunais editem súmulas em conformidade com sua jurisprudência dominante (parágrafo 1º),⁷⁸ com o objetivo de sistematizar e, assim, facilitar o acesso e a previbilidade da decisão judicial.

A coerência é um valor profundamente conectado com a noção de ordenamento jurídico⁷⁹ e o dever de coerência não deve ser compreendido como restrito ao conjunto de normas em sentido estrito, mas também deve ser aplicado às decisões judiciais, para que construam um direito jurisprudencial harmônico e não contraditório. Conforme sugere

⁷⁵ ALEXY, 2001, p. 261-262.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 250.

⁷⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ BOBBIO, 1995, p. 71-72.

Humberto Theodoro, a noção de integridade pode ser melhor compreendida com alusão ao pensamento de Dworkin, cuja teoria do direito se baseia justamente nesse conceito.⁸⁰

Para Dworkin, integridade do direito significa que as proposições jurídicas se ajustam e sustentam umas às outras, de forma a construir uma rede integrada.⁸¹ Assim, as interpretações da prática jurídica feitas pelos juízes devem ser construtivas, para que alcance uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas apoie as outras, ao invés de se contradizerem.⁸² Esse conceito aplicado ao instituto do precedente significa, justamente, a observância do direito anterior e a compatibilização da decisão atual, no que cabível, com aquilo que foi decidido previamente, para que as decisões judiciais não conflituem, mas, antes, formem um sistema integrado, coerente e coeso.

Precavendo-se quanto ao uso mecânico e irracional das súmulas e precedentes, o NCPC cria o dever de se levar em consideração, no momento da edição e da aplicação, as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação (parágrafo 2º do art. 926).⁸³ Trata-se de uma compreensão contextualizada do precedente, que é formado a partir de elementos, teses e questões levantadas em um caso concreto, e, portanto, não se trata de uma norma geral e abstrata, desvinculada da dimensão fática. A desconsideração dos termos e fatos sob os quais o precedente foi construído gera um desvirtuamento desse instituto. Por isso, na aplicação e interpretação do precedente, busca-se a sua *ratio decidendi*, para que se leve em conta apenas as considerações que representam um “nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão”,⁸⁴ conforme o §3º do art. 489,⁸⁵ qualquer observação sem essa causalidade é *obiter dicta*.

Em sequência, o artigo 927⁸⁶ do NCPC traz o rol de precedentes jurisprudenciais de natureza vinculante, com o objetivo de inserir na cultura jurisprudencial a prática de observância obrigatória de precedentes. Traz, dentre eles, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e os enunciados de súmulas vinculantes (inciso

⁸⁰THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 249.

⁸¹ DWORKIN, 1986, p. 225-228.

⁸² DWORKIN, 1986, p. 228-232.

⁸³ Art. 926. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁸⁴THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 251.

⁸⁵ § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁸⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

II), ambos institutos que já vinculavam no direito jurisprudencial antes da vigência do CPC/2015, mas que são trazidos aqui para fins de sistematização. Inova, nos incisos seguintes, trazendo o caráter vinculante de decisões em julgamentos de demandas repetitivas (incidente de resolução de demanda repetitiva, julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos) e em sede de incidente de assunção de competência (inciso III).

Traz ainda como novidade a obrigatoriedade de observância de todas as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV) e, por fim, das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais se encontram vinculados (inciso V). Nota-se que o dispositivo privilegiou a obrigatoriedade de observância a precedentes verticais, em consonância com a hierarquia judicial. No entanto, nada prevê expressamente quanto à vinculatividade do julgador às suas próprias decisões pretéritas, ainda que tal dever possa ser extraído da interpretação sistemática dos dispositivos referentes à uniformização jurisprudencial.

Enquanto um mecanismo de flexibilização e de evolução dos precedentes, o NCPC previu a utilização do *overruling* (superação) nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 927. Trouxe, a princípio, a possibilidade de realização de audiências públicas (mecanismo de participação popular) e outros meios de participação de órgãos ou entidades interessadas cujo conhecimento pode contribuir para a rediscussão da tese previamente estabelecida (figura do *amicus curiae*). Esse dispositivo é extremamente positivo, pois permite um debate mais qualificado e uma decisão mais democrática quanto à revisão de uma tese prévia e a construção de uma nova, incentivando a consolidação de uma cultura participativa no direito brasileiro. Em sequência, possibilitou a modulação dos efeitos da decisão que supera um precedente anterior, por motivos de interesse social ou segurança jurídica, garantindo-se que a sociedade tenha um período para se adaptar ao novo entendimento jurisprudencial.⁸⁷

Houve, ainda, previsão expressa da existência de um “encargo de argumentação” para essa superação jurisprudencial, nos termos já detalhados na seção anterior. A fundamentação deve ser adequada e específica, o que está em conformidade com o dever geral de fundamentação das decisões judiciais (art. 11 CPC/2015 e art. 93, IX, da CF/88)⁸⁸. Mas o NCPC buscou ser ainda mais preciso e taxativo quanto a essa questão ao estabelecer especificamente em quais hipóteses não se considera que uma decisão judicial foi

⁸⁷THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 253.

⁸⁸Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

fundamentada (art. 489, § 1º do NCPC).⁸⁹ Busca-se evitar, com isso, um problema recorrente na vigência do Código anterior, que também previa o dever de fundamentação, mas, na prática, os juízes proferiam decisões com fundamentação inexistente ou inadequada e alegavam que o haviam feito. Essas “simulações de fundamentação” não podem mais ser toleradas.⁹⁰

Como pontua Ramires:

(...) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”.⁹¹

Nesse sentido, uma decisão que simplesmente afirma que deferiu ou indeferiu o pedido com base em uma lei ou em uma súmula não foi bem fundamentada (inciso I do §1º do art. 489); é necessário que o julgador diga o porquê de ter acolhido aquela interpretação e não a contrária. A fundamentação, diferentemente da motivação, tem uma dimensão dialógica, na qual a manifestação durante a construção da decisão e o convencimento das partes acerca da justiça do resultado final é necessária. Fundamentação abarca, assim, o contraditório efetivo, na medida em que o juiz deve responder a todos os argumentos trazidos no processo pelas partes (inciso IV do §1º do art. 489). Essa observância dos ditames do contraditório dinâmico também é necessária em sede de precedente judicial (parágrafo 1º do art. 927 c/c art. 10º).⁹²

Especificamente sobre o instituto do *overruling*, o inciso VI do §1º do art. 489 estabelece, *a contrario sensu*, que, para deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, o julgador deve demonstrar a justificativa para a superação desse

⁸⁹ 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.

⁹⁰THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 220.

⁹¹RAMIRES, 2010, p. 41-42.

⁹²Art. 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.

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.

entendimento, sob pena de sua decisão ser considerada não fundamentada e, portanto, nula (art. 11). Desse modo, esse dispositivo busca contribuir para a criação de uma “cultura argumentativa” na aplicação de precedentes,⁹³ adotando o princípio da inércia de Perelman,⁹⁴ já explicado na seção anterior.

Quanto ao *distinguishing*, o NCPC não trouxe uma previsão direta no capítulo de uniformização de precedentes, como no caso do *overruling*. No entanto, declara expressamente que uma decisão judicial que não aplica súmula, precedente ou jurisprudência a um caso, sem demonstrar a existência de distinção entre eles, é considerada não fundamentada e, assim, nula. A interpretação sistemática do artigo 11, do inciso VI do §1º do artigo 489 com o parágrafo 1º do art. 927 permite concluir que existe, impreterivelmente, o dever de fundamentação argumentativa para se realizar a distinção entre o caso *sub judice* e o caso sob o qual o precedente foi construído.

Em resumo, a regulamentação sobre precedentes judiciais trazida pelo NCPC parece estar, em grande medida, compatível com a doutrina tradicional de precedentes oriunda da *common law* e, nesse sentido, pode contribuir enormemente para a construção de uma prática argumentativa e racional no uso dos precedentes, bem como para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais.⁹⁵ Contudo, o problema persistirá se os juízes e desembargadores ignorarem ou interpretarem equivocadamente esses dispositivos normativos; de nada adianta, portanto, uma mudança normativa que não seja acompanhada de uma mudança na cultura judicial e na mentalidade dos julgadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para uma melhor compreensão de todas as nuances do instituto do precedente, é necessário entender que ele é uma fonte do direito em diálogo com todas as outras fontes, uma vez que elas se influenciam reciprocamente e, muitas vezes, as normas de diferentes fontes são aplicadas de forma conjunta ou complementar.

Assim, é crucial uma leitura sistemática e coerente do ordenamento jurídico, passando-se pelo reconhecimento do pluralismo normativo e por uma hermenêutica dialógica entre fontes de direito, amparada nos princípios e valores constitucionais e com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais. A adoção desse instituto no direito brasileiro pode trazer inúmeros benefícios e contribuir para o amadurecimento de uma cultura argumentativa

⁹³THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 229.

⁹⁴Bustamante e Derzi fazem essa ponderação em: BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 359.

⁹⁵BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 360.

no contexto judicial. Contudo, a aplicação de precedentes e criação de súmulas não pode se dar mecanicamente, de tal forma que haja uma padronização massificadora da atividade jurisdicional.

O juiz deve promover a individualização do direito e um precedente ou súmula só podem ser aplicados se e na medida em que o caso *sub judice* demonstre preencher e enquadrar-se nos pressupostos dos casos paradigmas. Assim, deve-se interpretar uma súmula ou precedente levando-se em consideração as circunstâncias específicas do caso que lhe deram origem, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito. Justamente para se evitar esses equívocos na sua aplicação, uma circulação de modelos jurídicos é desejada; a experiência sólida da tradição de *common law* no manejo do precedente deve, assim, ser o nosso horizonte hermenêutico, para que seja consolidada uma doutrina de precedentes robusta e, ao mesmo tempo, adequada às peculiaridades do ordenamento brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert. *Form and Substance in Anglo-American Law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert. Form and Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract. In: MACCORMICK, Neil; BIRKS, Peter. *In the Legal Mind: Essays for Tony Honoré*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

BENTHAM, Jeremy. Constitutional Code. In: ROSEN, F.; BURNS, J. H. *Collected Works of Jeremy Bentham*. V. 1. Oxford: Oxford University Press, 1983.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Efeito vinculantes e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro 1988. Brasília, Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário: a separação de poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e a Constituição – Homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur Lehman. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, v. 50, p. 40-65, 1934.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, 1897.

MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike?. *Legal Theory*, v. 11, p. 27-38, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis. *The spirit of the Laws*. New York: Hafner, 1949.

PETERS, Christopher. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. *Yale Law Journal*, v. 105, n. 8, p. 2031-2115, 1996.

RADIN, Max. Case Law and Stare Decisis: Concerning Prajudizienrecht in Amerika. *Columbia Law Review*, v. 33, n. 2 p. 199–212, 1933.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Clarendon Press: Oxford, 2002.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 571-605, 1987.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from Analytical to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96WPB6>>. Acesso em: 15 set. 2016.

TARELLO, Giovanni. Ideologias Setecentistas da Codificação e Estrutura dos Códigos. *Meritum – Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 3, n. 2, 2008. Disponível em <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/857/641>>. Acesso em: 10 set. 2016.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: Ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.