

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

MIGUEL DO NASCIMENTO COSTA

**PADRÕES DECISÓRIOS À BRASILEIRA: CRITÉRIOS PARA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS COMPROMETIDAS COM A BUSCA DE UMA
RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO**

SÃO LEOPOLDO

2022

MIGUEL DO NASCIMENTO COSTA

**PADRÕES DECISÓRIOS À BRASILEIRA: CRITÉRIOS PARA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS COMPROMETIDAS COM A BUSCA DE UMA
RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO**

Tese de Doutorado, apresentada como requisito para a obtenção do Título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos -UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2022

C837m Costa, Miguel do Nascimento
Padrões decisórios à brasileira: critérios para
fundamentação das decisões judiciais comprometidas com a
busca de uma resposta correta e adequada à Constituição. /
Miguel do Nascimento Costa -- São Leopoldo, 2022.
262 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Direito constitucional. 2. Processo civil. 3. Estado de direito.
4. Padrão decisório. 5. Fundamentação da decisão. I. Título. II.
Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "PADRÕES DECISÓRIOS À BRASILEIRA: CRITÉRIOS PARA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMPROMETIDAS COM A BUSCA DE UMA RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO", elaborada pelo doutorando **Miguel do Nascimento Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de dezembro de 2022.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Wilson Engelmann _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Marco Félix Jobim _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Paulo Junior Trindade dos Santos _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Ricardo Luiz Nicoli _____ *Participação por Webconferência*

*Dedico este trabalho ao meu
Murilinho, simplesmente a pessoa mais
importante da minha vida.*

Ao meu Pai e à minha Mãe.

*Ao meu Irmão, por ser o quem ele
é.*

*A estes, dedico este trabalho, por
tudo o que representam na minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Seguramente chego a um dos momentos mais esperados dos últimos anos, que culmina com a apresentação desta tese de doutoramento. Ainda que o momento ainda seja incertezas e dúvidas, o sentimento é de alívio e gratidão.

A caminho percorrido foi longo, difícil, tormentoso e muito mais complexo do que se imaginava. Muitos foram os problemas, percalços, desafios e dificuldades surgidas ao longo deste tempo. Em meio ao período de doutorado passei por muitas coisas: de uma pandemia, a uma difícil cirurgia no tendão calcâneo. Tudo, absolutamente tudo, teve de ser superado.

Esse é o momento, em que o autor escreve para se sentir aliviado e para agradecer. Que estas palavras, em algum dia e em algum momento, possam servir para inspirar alguém ou que apenas sejam a comprovação de que, aquele que escreveu esse trabalho, foi um ser humano que viveu, com a máxima energia e intensidade, muito especialmente, nestes longuíssimos meses do doutorado.

E vamos aos agradecimentos! Primeiramente, agradeço à família, pela vida, pelo carinho sempre recebido, pela preocupação, mas sobretudo, por todo o suporte e compreensão nos dias da minha ausência.

Agradeço muito especialmente ao Professor Darci Guimarães Ribeiro, meu Orientador do Doutorado. Mas não apenas do Doutorado: o Prof. Darci foi meu Orientador na Especialização em Processo Civil e no Mestrado, concluído também na Unisinos. Sempre, o Prof. Darci foi a voz de incentivo, diálogo produtivo, crítica construtiva e sorriso largo. Sempre, recebi do Prof. Darci as melhores recomendações bibliográficas, o caminho mais profícuo a ser percorrido e o mais sincero e carinhoso aperto de mão e abraço. Existem dois momentos distintos na minha vida: um *primeiro*, antes de conhecer o Prof. Darci, lindo, cheio de histórias e muito trabalho, mas sem espessura acadêmica, sem brilho científico, sem aquilo que eu sempre almejei enquanto Estudante de Direito: a excelência profissional; mas existe um *segundo* momento da minha vida, marcado pelo êxito acadêmico, pela docência universitária, por publicações, por muita felicidade e por uma amizade eterna, esse novo e atual momento somente foi possível após conhecer e ser orientado pelo Prof. Darci. A ti, Mestre, toda minha gratidão e lealdade.

Devo especiais, essenciais e impenhoráveis agradecimentos aos Colegas de Escritório, Ariadne, Carlos e Eduarda, mas muito especialmente à Dra. Ariadne Flores

da Silveira, que literalmente assumiu prazos, atendimentos, audiências, Clientes, rotinas e gestão, praticamente sozinha. Teu esforço está impresso em muitas linhas deste trabalho. Meu “muito obrigado” vai para Carlos Alberto, por ser o olhar de paciência e tranquilidade nos dias mais agitados e sorriso nos dias mais tensos; gratidão também à Eduarda, recém-chegada, por ser a peça final de engrenagem que permitiu que esse trabalho pude ser entregue. Nenhuma palavra na língua portuguesa é capaz de expressar o meu reconhecimento pela ajuda que eu recebi. Obrigado, de todo meu coração.

Minha gratidão é eterna e infinita aos Colegas de Mantenedora da Rede La Salle, Ricardo, Alisson e Lucas, mas muito especialmente ao Dr. Ricardo Seigo Kimura. Sabe aquele Amigo que chega na hora certa, no momento ideal e se torna absolutamente imprescindível na vida: esse é Ricardo. Advogado talentosíssimo, que nas últimas semanas que antecederam ao momento da entrega da tese, praticamente assumiu o Jurídico da Rede La Salle e foi absolutamente brilhante. Minha gratidão ao Alisson que, chegando ainda nesse ano, revelou-se essencial para minha vida, exemplo de profissionalismo e modelo essencial de como ser uma pessoa feliz. Ao Lucas, mais do que gratidão, eu tenho dívida. De ex-aluno à colega imprescindível na Mantenedora, foi literalmente responsável por me deixar seguro no momento mais delicado da tese.

Agradecimento sincero aos Irmãos da Rede La Salle, os quais me incentivaram a fazer o Doutorado, todos aqui, representados nas pessoas do Irmão Olavo José Dalvit (Provincial da Rede La Salle) e do Irmão Paulo Fossati (Reitor da Universidade La Salle). Dos Irmãos Lassalistas recebi apoio, reconhecimento e compreensão, sobretudo, nessa fase derradeira de escrita. Muito obrigado.

Agradecimento muito importante à Universidade do Vale dos Sinos, sobretudo aos docentes: Prof. Lenio Luis Streck (por literalmente transformar meu jeito de ver o direito e de escrever sobre direito), Prof. Wilson Engelmann (muito especialmente pelas palavras e correções feitas na Banca de Qualificação), Prof. Anderson Vichinkeski (pelas aulas brilhantes que foram fundamentais na construção do doutorado), Prof. Leonel Severo Rocha (pela leveza de suas aulas e pelo honroso e generoso convite em participar de uma de suas publicações) e à Prof^a Fernanda Frizzo Bragatto (pelo exemplo de mulher e cidadã que sempre foi), cujos diálogos, ensinamentos e abordagens fazem parte viva desta tese de doutoramento. Agradeço também ao corpo técnico da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito

da Unisinos, todos representados nas pessoas das Colaboradoras Rafaely Reggiori e Paloma Recktenvald. Obrigado pela paciência, pela ajuda e por sempre serem uma palavra de leveza e cuidado.

Preciso formalizar um agradecimento muito importante e especial ao Prof. Marco Félix Jobim, sobretudo e muito especialmente, pelas importantes e essenciais contribuições na Banca de Qualificação. Sem tuas palavras, arrisco a dizer, essa tese não seria escrita.

Agradeço, muito, mas muito especialmente, aos meus irmãos de vida e de alma, aos amigos mais importantes da minha formação acadêmica, no Mestrado e no Doutorado, aos parceiros de jornada que fazem parte da minha vida, da minha família e da minha existência na Terra: Guilherme Antunes da Cunha, Gustavo Santana e Felipe Scalabrin. Meus alunos não conheceriam o Prof. Miguel Costa, sem que cada um de vocês estivesse presente na minha vida. Tenho mais do que gratidão, tenho uma dívida de vida com os Senhores. Obrigado por sempre estarem ao meu lado.

Finalmente, agradeço a todos meus Alunos e Orientandos, aos meus Clientes do Escritório, aos meus Colegas de Mantenedora e aos meus parceiros, pela paciência nas últimas semanas, em que praticamente não consegui atender, dialogar e atender.

A todos que direta e indiretamente fizeram parte dessa caminha, muito obrigado.

*“Quem se quiser tornar mestre na arte do processo jurídico tem,
portanto, que aprender a controlar simultaneamente dois passados.”*

Niklas Luhmann¹

¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria Conceição Corte-Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. 1980. p. 41.

RESUMO

A efetividade e a constitucionalidade da tutela jurisdicional, a partir das premissas de estabilidade, integridade e coerência do direito jurisprudencial, atualmente, constituem-se em um dos temas de maior relevância no estudo do direito processual civil moderno, sobretudo a partir dos aportes teóricos da teoria dos padrões decisórios vinculantes. O desenvolvimento desta temática, contudo, exige o estudo e análise crítica e conceitual que se fará partir das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. As reflexões ora trazidas, pois, têm por escopo traçar as linhas mestras para a identificação de critérios para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios vinculantes no processo civil brasileiro, o que se fará a partir dos elementos técnicos e legislativos contidos no Código de Processo de Civil de 2015, na Constituição da República de 1988 e na Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça. Para tal empresa, primeiramente se estudará os pressupostos essenciais para a adequada fundamentação das decisões judiciais, a partir da perspectiva de um direito constitucionalizado a respostas corretas. Na sequência, serão analisadas as perspectivas em que os precedentes judiciais se desenvolvem nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, assim como serão trazidos os conceitos dos principais institutos aplicáveis, notadamente, para formação, distinção e superação de precedentes judiciais. Ao par de apresentar os contornos conceituais de uma teoria própria de padrões decisórios vinculantes e persuasivos, serão apresentadas as premissas essenciais para o estabelecimento de um modelo e de critérios para aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro, sempre conformado com o Estado Constitucional e o princípio do contraditório.

Palavras chave: padrões decisórios à brasileira; tradições jurídicas; vinculação e persuasão; fundamentação das decisões; estado constitucional; resolução nº 134/2022 CNJ.

RESUMEN

La efectividad y constitucionalidad de la protección judicial, basadas en las premisas de estabilidad, integridad y coherencia del derecho jurisprudencial, constituyen actualmente uno de los temas más relevantes en el estudio del derecho procesal civil moderno, especialmente desde las contribuciones teóricas de la teoría de los estándares vinculantes de toma de decisiones. El desarrollo de este tema, sin embargo, requiere el estudio y el análisis crítico y conceptual que se basará en las tradiciones jurídicas del derecho consuetudinario y el derecho civil. Las reflexiones aquí presentadas, por lo tanto, tienen el alcance de trazar las líneas principales para la identificación de criterios para la aplicación de una teoría de las normas vinculantes de toma de decisiones en el procedimiento civil brasileño, que se harán a partir de las contribuciones técnicas y legislativas contenidas en el Código de Procedimiento Civil de 2015, en la Constitución de la República de 1988 y en la Recomendación nº 134/2022 del Consejo Nacional de Justicia. Para una empresa de este tipo, se estudiarán primero los supuestos esenciales para el razonamiento adecuado de las decisiones judiciales, desde la perspectiva de un derecho constitucionalizado a respuestas correctas. A continuación, se analizarán las perspectivas en las que se desarrollan los precedentes judiciales en las tradiciones jurídicas del common law y el derecho civil, así como los conceptos de los principales institutos aplicables, en particular, para la formación, distinción y superación de precedentes judiciales. Además de presentar los contornos conceptuales de una teoría de patrones de toma de decisiones vinculantes y persuasivos, se presentarán las premisas esenciales para el establecimiento de un modelo y criterios para la aplicación de estándares de toma de decisiones en el derecho brasileño, siempre conformados al Estado Constitucional y al principio de contradicción.

Palabras llave: patrones decisorios brasileños; tradiciones jurídicas; vinculante y persuasión; fundamentos de las decisiones; Estado constitucional; REsolución nº 134/2022 CNJ.

ABSTRACT

The effectiveness and constitutionality of judicial protection, based on the premises of stability, integrity and coherence of jurisprudential law, currently constitute one of the most relevant themes in the study of modern civil procedural law, especially from the theoretical contributions of the theory of binding decision-making standards. The development of this theme, however, requires the study and critical and conceptual analysis that will be based on the legal traditions of common law and civil law. The reflections brought here, therefore, have the scope to draw the main lines for the identification of criteria for the application of a binding theory of binding decision-making standards in Brazilian civil procedure, which will be made from the technical and legislative contributions contained in the Code of Civil Procedure of 2015, in the Constitution of the Republic of 1988 and in Recommendation nº 134/2022 of the National Council of Justice. For such a company, the essential assumptions for the adequate reasoning of judicial decisions will first be studied, from the perspective of a constitutionalized right to correct answers. Next, the perspectives in which judicial precedents develop in the legal traditions of common law and civil law will be analyzed, as well as the concepts of the main institutes applicable, notably, for the formation, distinction and overcoming of judicial precedents. In addition to presenting the conceptual contours of a theory of binding and persuasive decision-making patterns, the essential premises for the establishment of a model and criteria for the application of decision-making standards in Brazilian law, always conformed to the Constitutional State and the adversarial principle, will be presented.

Key-words: Brazilian decision-making standards; legal traditions; binding and persuasion; grounds of decisions; Constitutional state; resolution nº 134/2022 CNJ.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A RELEVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS JUDICIAIS CORRETAS COMO BASE PARA UMA TEORIA DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES.....	24
2.1 Do pressuposto hermenêutico para respostas corretas no direito	24
2.2 A Constituição e a democracia constituem-se na justificação essencial da garantia fundamental à resposta correta	37
2.3 O processo civil na perspectiva de um modelo de Estado Constitucional: em destaque a ideia do devido processo legal.....	46
2.4 Da integridade e da coerência como elementos essenciais para se afastar a discricionariedade judicial na aplicação dos padrões decisórios	62
2.5 Da fundamentação das decisões judiciais a partir de padrões decisórios interpretativamente vinculados	68
3 DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA <i>COMMON LAWE</i> DA <i>CIVIL LAW</i> : O CAMINHO PERCORRIDO PARA A CRIAÇÃO DE UMA TEORIA DE PADRÕES DECISÓRIOS	81
3.1 <i>Common law</i> e <i>civil law</i> : contextualização entre as duas tradições jurídicas do ponto de vista do processo e do direito constitucional	81
3.2 Uma necessária incursão acerca do <i>stare decisis</i> , padrões decisórios e precedentes judiciais.....	99
3.3 Padrões decisórios no código de processo civil brasileiro e alguns de seus conceitos fundamentais: <i>ratio decidendi (holding)</i> , <i>obiter dictum</i> , precedente e vinculação.....	113
3.4 Digressões teóricas para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios: uma aproximação entre as tradições jurídicas da <i>common</i> e da <i>civil law</i> a partir dos conceitos jurídicos de precedente, distinção (<i>distinguish</i>) e superação (<i>overruling</i>) de padrões decisórios	131
3.5 Uma proposta de utilização de padrões decisórios vinculantes sob a perspectiva de um processo civil constitucionalizado.....	160
4 DA ADOÇÃO DE CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO	173

4.1 Da confusão existente entre <i>jurisprudência</i>, <i>súmulas vinculantes</i> e <i>padrões decisórios</i>: um necessário desvelar de significados para a adequada fundamentação das decisões judiciais	173
4.2 Persuasão e vinculação dos padrões decisórios brasileiros: uma discussão em torno da força obrigatória dos padrões decisórios e sua compatibilidade com o direito processual civil brasileiro	192
4.3 O papel do contraditório na aplicação dos padrões decisórios para fins de fundamentação das decisões judiciais	208
4.4 Critérios para aplicação dos padrões decisórios no direito processual civil brasileiro: da aplicação dos dispositivos legais previstos no CPC 2015 à incidência da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça.	218
5 CONCLUSÃO	240
REFERÊNCIAS.....	248

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado é resultado de uma pesquisa em sede de doutorado, cuja principal finalidade é investigar a existência (ou não) de critérios para a aplicação de padrões decisórios vinculantes, como um dos elementos essenciais da fundamentação das decisões judiciais no âmbito do direito processual civil brasileiro, assim como identificar a existência de elementos conformadores para o estabelecimento de uma teoria de padrões decisórios vinculantes, consentânea com o devido processo legal e com o próprio modelo de Estado Constitucional. Com efeito, partindo da premissa básica de que existe um direito fundamental de que a Constituição Republicana e todos os seus princípios basilares sejam efetivamente cumpridos e atendidos, a existência de um direito fundamental a respostas corretas – e devidamente motivadas, justificadas e fundamentas através dos padrões decisórios vinculantes – surge como decorrência direta deste pressuposto².

Diversos processos judiciais, muitas vezes idênticos na sua pretensão, fundamentos e na sua causa de pedir, sem critério jurídico, processual ou probatório algum, recebem soluções muito diferentes entre si e, não raro, diametralmente opostas. Vivencia-se no direito brasileiro fenômeno inconcebível, em que as partes (e seus respectivos advogados e operadores do direito) se submetem, literalmente, à sorte: seus processos são distribuído ou remetidos para uma determinada vara judicial, turma ou câmara julgadora e, a partir daí, a decisão sobre o destino de seus destinos, vidas e direitos, ficará ao alvedrio de uma verdadeira *loteria jurisprudencial*³, visto que as decisões, ora não recebem a correta fundamentação, ora são decididos sem nenhum padrão de segurança, previsibilidade, uniformidade, estabilidade, coerência e integridade.

Esse cenário de insegurança no conteúdo das decisões judiciais, contudo, é ainda agravado pelo fato de que muitos pronunciamentos judiciais, sob o argumento

² “É que a decisão precisa ser legitimidade democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão correta para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancialmente. Afinal, se os direitos processuais fundamentais (como o direito ao contraditório ou à isonomia) têm de ser compreendidos na sua dimensão substancial – e não numa dimensão meramente formal -, o mesmo deve se aplicar ao direito fundamental a uma decisão fundamentada. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 281.

³ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 111, abr. 2011.

de estarem sendo *motivados* por meio de jurisprudência, acabam por repetir o mesmo paradigma positivista da subsunção. Aplicam a jurisprudência como se lei fosse, sem realizar nenhum exercício de compatibilidade entre o caso e o precedente e, assim, a decisão se descola da realidade fática e jurídica das partes e não confere a necessária espessura constitucional, não atendendo ao direito fundamental à resposta correta e, tampouco, cumprindo com o disposto no art. 93, inc. IX da Constituição da República e no art. 489, §1º do Código de Processo Civil.

Fundamentar adequadamente as decisões judiciais é tarefa obrigatória para todos os magistrados, mas essencial e absolutamente essencial para a resolução dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário e para a própria preservação da acepção democrática e participativa do processo. Veja-se, nesse sentido, que o sistema jurídico pátrio brasileiro, desde o período colonial, já apontava para a imprescindibilidade de motivação das decisões judiciais. Tal constatação pode ser extraída, por exemplo, das Ordenações Filipinas, que já naquela época, exigiam a exposição dos fundamentos dos pronunciamentos judiciais:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juiz da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o seja, declarem especificamente suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou a revogar⁴.

O texto acima transcrito, decorrente – à toda evidência – de legislação muito anterior ao Código de Processo Civil Brasileiro vigente e à Constituição Republicana de 1988, é expresso e muito eloquente no sentido de informar que a fundamentação da decisão judicial (seja naquela época, seja nos dias atuais) sempre se prestou a dar conhecimento às partes a respeito dos fundamentos determinantes que ensejaram a condenação ou absolvição, a fim de que se verificasse se convinha ou não recorrer ou agravar. Isso, em verdade, nada mais revela do que uma total preocupação com a preservação do princípio do contraditório e com o princípio publicidade das decisões judiciais.

⁴ PORTUGAL. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I por Cândido Mendes de Almeida. Ed. fac-sim. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2012. v. 3 Título 66, n. 7. (Edições do Senado Federal, v. 38-A). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Histórica, legal e constitucionalmente, o direito à adequada fundamentação das decisões judiciais constitui-se “cláusula constitucional implícita”, decorrente do próprio modelo de Estado Constitucional⁵ (democrático e de direito), constituindo-se, pois, direito fundamental de todo o cidadão, conforme já referenciado. Nessa perspectiva, motivar as decisões judiciais, mais do que resolver um caso concreto, representa preservar a ordem jurídica e democrática do processo civil brasileiro, contexto que exige uma postura adequada e conformada com o ordenamento constitucional vigente.

Nessa verda, pois, não se pode mais aceitar que as decisões judiciais (independentemente da instância ou grau) não respeitem os casos julgados anteriormente, conforme é possível se extrair dos comandos legais contidos no art. 489, §1º, incisos V e VI do Código de Processo Civil de 2015, os quais deve ser analisados, em todos os seus aspectos em conjunto com as disposições legais dos art. 926 e 927 do mesmo diploma legal. Não mais se admite que ementas jurisprudenciais e enunciados de súmulas sejam utilizados de forma automática (ou automatizada), ou como muitas vezes se observa na prática forense, completamente descontextualizada dos casos concretos que lhes deram origem. Veja-se, que não raro, o contexto fático que deu origem a uma súmula ou padrão decisório, nem mesmo possui vinculação com o caso sob julgamento. Essa realidade, por desprezar a integridade e a coerência do direito e por revelar certo desprezo pelo respeito que se deve ter pelos precedentes judiciais, sobretudo, diante da necessidade de estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica das decisões, precisa ser imediatamente repensada. Dessa forma, é impensável e inaceitável que os julgamentos venham a ignorar as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar casos novos a partir de um marco zero interpretativo. Equivocado, na mesma medida, não levar em consideração julgados anteriores e o próprio caso sob julgamento. O Código de Processo Civil de 2015, “consolidando diversas contribuições doutrinárias e legais que já existiam, buscou trazer um ganho de coerência na aplicação do Direito”⁶ por meio da adoção de critérios para

⁵ TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 55, p. 30, 1979.

⁶ SÁ, Alexandre Santos Bezerra; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CAMINHA, Uinie. Precedentes judiciais: uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18 n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R7w8SQdT3NZQBZmWm3z5cmQ/?format=pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

sistematização dos padrões decisórios, representando os artigos 926 e 927 do CPC 2015 (antes referidos) claramente uma tentativa de se “corrigir disfunções existentes em um sistema judicial historicamente marcado pela instabilidade e incoerência das decisões judiciais”⁷.

Sob estas perspectivas, o estudo ora apresentado buscou encontrar resposta para o problema de pesquisa da tese. Para melhor compreensão e sobretudo, para que seja possível extrair adequadas conclusões desta tese, essencial voltar-se novamente à pergunta do problema da pesquisa, que fora apresentado no Projeto de Pesquisa e depois analisado em sede de Banca de Qualificação de Doutorado, quer seja: é possível identificar-se no direito brasileiro, elementos técnicos, doutrinários e teóricos venham justificar a existência (ou não) de *critérios objetivos para aplicação dos padrões decisórios à brasileira*, muito especialmente após a publicação da Recomendação nº 134 de 09 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça? Além disso, como pergunta complementar do problema, o Projeto de Pesquisa – seja na admissão, seja na qualificação – questiona(va) se era possível estabelecer pontes epistemológicas que venham a justificar a aplicação dos padrões decisórios vinculantes para fins de fundamentação das decisões judiciais no âmbito do processo civil brasileiro? O pano de fundo dessa pesquisa, pois, serão os padrões decisórios vinculantes, mas não a partir de uma análise meramente teórica e abstrata, mas com o foco na identificação de elementos concretos que possam justificar a necessidade de seguir os precedentes judiciais para fins de fundamentação das decisões judiciais, muito especificamente, no cenário jurídico brasileiro.

Os objetivos da pesquisa foram, nesse sentido, traçados de forma a se alcançar os resultados esperados. Constituíram-se *objetivos gerais* da pesquisa: analisar e estudar a existência de critérios objetivos para a aplicação de padrões decisórios vinculantes, a partir da ideia de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a partir do direito fundamental à resposta correta e conformada com a Constituição da República, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Os *objetivos específicos* da pesquisa constituíram-se em: (i). verificar se a Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça seria ou não capaz que

⁷ SÁ, Alexandre Santos Bezerra; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CAMINHA, Uinie. Precedentes judiciais: uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18 n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R7w8SQdT3NZQBZmWm3z5cmQ/?format=pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

estabelecer uma modelagem técnica e processual, capaz de orientar a correta e adequada aplicação dos padrões decisórios vinculantes no direito brasileiro; (ii). a partir da análise histórica e conceitual das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* trazer aportes teóricos e jurídicos para se justificar a obrigatoriedade ou não de se fundamentar todas as decisões judiciais, a partir da aplicação de padrões decisórios vinculantes; (iii). justificar a necessária superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo a partir da construção de respostas corretas e adequadas à Constituição; (iv). estudar o modelo de padrões decisórios vinculantes a partir da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) de modo a sustentar decisões judiciais fundamentadas e conformadas com o direito fundamental à resposta correta; (v). demonstrar que a fundamentação das decisões judiciais, de acordo com uma teoria de padrões decisórios vinculantes baseada no constitucionalismo contemporâneo é uma das condições de possibilidade para resguardar-se a integridade e a coerência do direito, notadamente, no direito brasileiro.

A hipótese que se pretende demonstrar, com efeito, é a de que as decisões judiciais devem sempre ser devida e expressamente fundamentadas, seja para evitar-se arbitrariedades por parte do magistrado (o que desembocaria em decisionismos e solipismo judicial), seja para garantir-se um processo conformado pelos princípios constitucionais, notadamente, do devido processo legal, construção teórica que partirá do primado de que o Código de Processo Civil Brasileiro em vigor e a Constituição da República oferecem em seus dispositivos específicos, elementos suficientes para se sustentar a existência critérios tipicamente brasileiros para a aplicação de padrões decisórios vinculantes, ou, como sugere o título desta tese: a existência de critérios para aplicação de *padrões decisórios à brasileira*, razão pela qual reputa-se como inadequada, desnecessária e juridicamente insuficiente a entrada em vigor da Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça.

Dessa forma, procurou-se demonstrar que os padrões decisórios vinculantes no direito brasileiro exigem, para a sua legitimação democrática, participativa e constitucional, a observância de pressupostos que os distinguem de outros pronunciamentos judiciais, tanto no que pertine à sua vinculatividade, tanto no que pertine à sua formação, mas sem jamais perder de vista, a necessária conformação do contraditório em todos os momentos de formação, distinção e superação dos padrões decisórios vinculantes. Nesta perspectiva, aliás, em pesquisa realizada junto

ao Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES⁸, verificou-se, senão o ineditismo, a *originalidade* na proposta de tese ora verificada na hipótese do Projeto, quer seja, o estudo dos padrões decisórios na perspectiva de identificação de um modelo brasileiro e a existência de critérios objetivos de aplicação, com especial enfoque na aplicação da Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça. Ao menos na verificação realizada nessa consulta, não se identificou outras teses (ou mesmo dissertações) que tenham se dedicado à análise da aplicação da referida recomendação do Conselho Nacional de Justiça, assim como, quanto à abordagem trazida por essa pesquisa que, conforme já se alinhou, em linhas muito gerais, procura identificar a existência de critérios para aplicação de padrões decisórios à *brasileira*.

Com efeito, foi o curso da pesquisa e todas as referências pesquisadas que, contudo, (e)levou o trabalho para outras perspectivas, ampliou limites e trouxe resultados absolutamente inesperados, muito por causa dos estudos levados a cabo, mas de forma muito particular, pela recentíssima publicação da Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça. Essa recomendação trouxe uma singular oportunidade para que fosse possível (ou não) justificar a existência de critérios para aplicação de padrões decisórios vinculantes no direito brasileiro e como deveriam se comportar os juízes, tribunais e as partes, frente a este novo contexto jurídico de motivação das decisões judiciais. A publicação desta Recomendação realçou a *importância* e a *atualidade* do problema de pesquisa e de sua respectiva hipótese a ser testada e justificada ao longo do desenvolvimento da tese.

Dentro de uma perspectiva metodológica, o estudo baseou seus achados, resultados e conclusões, muito especialmente na doutrina especializada sobre a matéria, notadamente, por meio de autores de língua inglesa, cujos escritos provenientes do direito inglês e americano, proporcionaram contato com a tradição jurídica da *common law*, absolutamente afeita às doutrinas do *stare decisis* e às formas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) dos precedentes judiciais. Complementar, mas essencial, foi o estudo da tradicional e da nova doutrina nacional a respeito da aplicação de precedentes no direito brasileiro, doutrina essa

⁸ COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Catálogo de teses e dissertações*. Brasília, DF: CAPES, 2022. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

que tem crescido em progressão geométrica, muito em virtude das novas perspectivas legais estabelecidas pelo Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, que estabelece verdadeiro regime de fortalecimento do direito jurisprudencial, notadamente, com previsão legal que estabelece a obrigatoriedade de se uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC 2015). Estes aspectos, com efeito, demonstram a importância e atualidade do tema em discussão nesta tese de doutoramento. Ainda sob o viés metodológico, além da pesquisa doutrinária, realizou-se amparado da legislação histórica e atual, a respeito da fundamentação das decisões judiciais e da aplicação de precedentes no direito brasileiro, muito especialmente, em relação à evolução jurídico-legal observada nas transições dos modelos processos dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, assim como, pela evolução constitucional estabelecida, muito particularmente, pela Emenda Constitucional nº 45/2014.

Para que o trabalho fosse levado a termo, seguiu-se rigorosamente a respectiva linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio do Sinos: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, utilizando-se como marco teórico, muito especialmente, a concepção dworkiana de democracia e à crítica que Ronald Dworkin faz ao poder discricionário que o positivismo atribui aos juízes para resolver casos difíceis⁹. Também integra o marco teórico deste trabalho os estudos e aportes doutrinários trazidos por Lenio Luís Streck, no que tange à crítica hermenêutica do direito, com o escopo de que a vinculação a decisões anteriores adotem ocorra mediante adequada (e justa) fundamentação e à luz do contraditório.

Para justificação da hipótese apontada e resolução do problema de pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos essenciais. O primeiro, que trata da “*Relevância do direito fundamental a respostas corretas como base para uma teoria de padrões decisórios vinculantes*”. Esse capítulo inaugural tem como finalidade trazer aportes teóricos para justificar a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais que aplicarem ou deixassem de aplicar padrões decisórios vinculantes. Iniciou-se as primeiras linhas, estabelecendo as premissas básicas para que o direito fundamental à resposta correta (*one right answer*) fosse compreendido para além de compreender o direito como sendo um mero conjunto de regras ou de aceitar

⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.

“fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores, sem que fosse realizado o necessário cotejo analítico entre o precedente e o caso concreto e a imprescindível justificação das razões de decidir. A decisão judicial terá de ser hermeneuticamente compreendida e devidamente fundamentada pelo juiz, razão pela qual é essencial deixar assentada a noção de que a Constituição – dirigente e compromissória – é o ápice normativo de justificação de todo e qualquer pronunciamento judicial.

Ato contínuo, o trabalho relegou especial destaque à Constituição Republicana como a base primordial de sustentação da resposta correta, buscadas pelas partes através do processo judicial e da fundamentação de todas as decisões judiciais. Partiu-se, portanto, do pressuposto de que força normativa da Constituição – a partir de seu caráter dirigente e compromissório – sempre terá uma relação direta com a atuação do Poder Judiciário, sobretudo, na defesa da implementação e plena efetivação dos direitos fundamentais-sociais estabelecidos na Constituição e, portanto, na própria formação e consolidação das decisões judiciais. As linhas que se seguiram, trouxeram a necessidade de um processo civil constitucionalizado, a partir dos conceitos básicos do devido processo legal, princípio matriz que torna essencial o respeito e observância de todos os demais princípios processuais fundamentais estabelecidos na Norma Constitucional. O Estado Democrático de Direito, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social entre outros¹⁰.

Na sequência, o trabalho aborda a relevância da integridade e da coerência como elementos essenciais para se afastar os riscos de discricionariedade judicial na aplicação de padrões decisórios vinculantes, muito especialmente, utilizando os trabalhos de Lenio Luis Streck e sua crítica hermenêutica do direito. Ao final deste primeiro capítulo, haverá texto que estabelece as premissas básicas e essenciais para que decisões judiciais possam ser fundamentadas a partir de um modelo de vinculação interpretativa dos padrões decisórios.

O Capítulo 2, por seu turno, faz essencial análise das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, iniciando a abordagem a partir de uma pesquisa histórica e conceitual que possibilitou breve contextualização histórica e doutrinária das duas

¹⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.57.

tradições, muito especialmente, a partir do ponto de vista do direito processual civil e do direito constitucional. Na sequência, o Capítulo 2 faz necessária incursão acerca da doutrina do *stare decisis*, demonstrando seus impactos na formação dos padrões decisórios vinculantes. Relegou-se especial destaque ao capítulo, sobretudo, porque o *stare decisis* tem a pretensão de garantir as finalidades do precedente: previsibilidade, equidade, consistência e estabilidade¹¹, utilizando-se, ainda, a palavras de Rupert Cross e J. W. Harris, para quem o *stare decisis* pode ser encontrado no brocardo *stare rationibus decidendis* (isto é: as razões de decidir de casos anteriores)¹².

A sequência do capítulo apresenta os conceitos fundamentais da *ratio decidendi* (*holding*) e o do *obiter dictum* e suas implicações nos padrões decisórios e na vinculação dos precedentes, a partir de suas diferenças conceituais básicas, centradas justamente na parcela obrigatória (*ratio decidendi*) de um padrão decisório, ou seja, aquilo que realmente vincula, e a parcela não obrigatória (*obiter dictum*). A continuidade do estudo, apresenta os elementos mais essenciais para a construção de uma doutrina de padrões decisórios vinculantes, ou seja, os pressupostos jurídicos básicos para a realização da distinção e superação de precedentes judiciais, para concluir pela apresentação de uma proposta de aplicação de padrões decisórios vinculantes sob a perspectiva de um processo civil constitucionalizado. Nesse ponto da tese, restou assentado que decidir através de padrões decisórios vinculantes pode representar passo decisivo na construção de um processo civil em que os princípios fundamentais processuais sejam adequadamente respeitados e a fundamentação da decisão judicial é realizada de forma a se buscar a resposta hermeneuticamente correta, adequada e conformada com a Constituição da República.

O Capítulo 3 foi construído com a finalidade de testar a hipótese de resposta ao problema da pesquisa e, finalmente, buscar responder o problema da pesquisa, quer seja, se seria possível (ou não) a adoção de critérios para aplicação de padrões decisórios vinculantes no direito brasileiro e se a Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça seria um mecanismo adequado para a identificação destes critérios, notadamente, sob o viés de fundamentar-se,

¹¹ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoht, 2021. p. 218.

¹² CROSS, Rupert; HARRIS, James W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 127.

justa, constitucional e adequadamente, as decisões judiciais proferidas no âmbito do processo civil brasileiro. Para encontrar essas respostas, ao par de tudo o que já fora abordado na tese, o subcapítulo 3.1 faz necessária distinção entre jurisprudência, súmulas vinculantes e padrões decisórios, preponderantemente, para justificar a adoção da expressão *padrões decisórios* no decorrer da tese. Explica-se: denominação *padrões decisórios* não foi escolhida sem critério, mas, dentre outras razões, em face da previsão legal contida no artigo 966, §5º do Código de Processo Civil Brasileiro. O termo *precedente*, além disto, jamais terá o mesmo sentido e alcance do que aquele utilizado, de modo muito particular, em países da tradição da *common law*. Tal constatação, decorre da circunstância de que no Brasil, não apenas os precedentes são dotados de eficácia vinculante, existindo, pois, outros *padrões decisórios* obrigatórios, como súmulas e súmulas vinculantes, conforme se pode observar nas hipóteses expressamente estabelecidas no art. 927 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

O sub-capítulo 3.2, por sua vez, abordará a diferenciação técnica entre padrões decisórios *vinculantes* e *persuasivos* e suas repercussões no direito processual civil brasileiro, para no item subsequente analisar os impactos que o respeito ou desrespeito ao contraditório podem suprir na aplicação de padrões decisórios vinculantes no Brasil. E nessa perspectiva, se o precedente é uma decisão judicial, a sua formação precisa, assim como os procedimentos de distinção e superação deve, necessariamente, dar-se em contraditório, nos precisos termos do disposto nos arts. 7º e 10 do CPC/2015.

Na sequência, o sub-capítulo 3.3 terá como finalidade traçar o papel do *contraditório* na aplicação dos padrões decisórios no direito processual civil brasileiro, de maneira muito particular, a partir da compreensão de que o ato de decidir pela aplicação, distinção ou superação de um padrão decisório, faz criar um ônus argumentativo e de fundamentação ao juiz ou tribunal, que deverá enfrentar os argumentos, postulações e alegações das partes e cumprimento ao que dispõe o art. 489, §1º, incisos V e VI e art. 927, §4º, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro. Não resta dúvidas de que o legislador relegou ao contraditório função de destaque na conformação de uma teoria de precedentes, estabelecendo especificamente que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação

adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Lançadas essas bases teóricas essenciais, o subcapítulo 3 pode ser centrado na análise dos critérios para aplicação dos padrões decisórios no direito processual civil brasileiro, seja por meio dos dispositivos estabelecidos na Constituição e no Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, seja por meio da aplicação dos dispositivos legais previstos no CPC 2015 à incidência da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça. Procurou-se nesse capítulo, fazer-se um recorte histórico, desde o período legislativo anterior ao Código de Processo Civil de 2015, para identificar-se a existência de um modelo brasileiro de aplicação de padrões decisórios vinculantes, passando pelos dispositivos legais mantidos (da legislação anterior) trazidos no CPC 2015 e culminando na referida Recomendação do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, respondendo o problema da pesquisa e justificando as hipóteses trazidas para esse efeito, o *Capítulo 1* serve para trazer os pressupostos teóricos e constitucionais mais elementares do dever de fundamentação das decisões judiciais por meio de padrões decisórios vinculantes; o *Capítulo 2* terá o condão de dar suporte organizacional, histórico, conceitual e técnico dos principais institutos exigidos para a aplicação de uma adequada teoria de padrões decisórios vinculantes, ao passo que, finalmente, o *Capítulo 3* fará o fechamento da pesquisa, notadamente, trazendo os elementos que respondem o problema quanto à identificação de critérios para aplicação de um modelo brasileiro de padrões decisórios e os impactos que podem decorrer (ou não) da aplicação da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça

Ao final, consta a Conclusão do trabalho. Essas conclusões, em rigor, já terão sido objeto de identificação no decorrer da tese, mas serão organizadas sinteticamente na última parte, quando se buscar demonstrar que a proposta de trabalho e suas hipóteses foram realmente alcançadas.

2 A RELEVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS JUDICIAIS CORRETAS COMO BASE PARA UMA TEORIA DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES

O capítulo em questão propõe-se lançar olhar específico a respeito dos pressupostos hermenêuticos para a construção de respostas corretas no direito, seja a partir da fundamentação das decisões judiciais, seja como decorrência da aplicação de padrões decisórios vinculantes. Para tanto, se estabelecerá que a Constituição e a Democracia são, incontrovertidamente, a justificação essencial para respostas corretas, ou seja, para decisões judiciais devidamente fundamentadas e conformadas pelos valores e princípios constitucionais. Nesse sentido, restará demonstrado que o processo civil deve ser constituído a partir do modelo do Estado Constitucional, portanto, inegavelmente submetido ao devido processo legal, consideração, que não faria sentido algum, se não forem respeitadas a integridade e a coerência do direito, notadamente, para que se possa afastar o risco de discricionariedade na aplicação dos precedentes.

2.1 Do pressuposto hermenêutico para respostas corretas no direito

Constitui-se noção essencial a de que existe (do ponto de vista da teoria do direito e da teoria constitucional) um direito fundamental a que Constituição Republicana e seus princípios elementares sejam integral e efetivamente cumpridos. Nesse quadrante, a existência de um direito fundamental a respostas corretas surge como decorrência direta deste postulado¹³.

A decisão constitucional e hermeneuticamente correta, dessa forma, vai ao encontro (portanto, no mesmo sentido) da função transformadora do Estado Democrático de Direito que, em seu texto constitucional, institucionaliza o *ideal de vida boa*, que poderia chamar de efetivação da dignidade da pessoa humana, através de seu conteúdo programático e compromissório. Aponta, pois, para a possibilidade de

¹³ Essencial que a decisão seja adequada à Constituição e que esteja submetida à integridade e à coerência. Nesse sentido: “Decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é o que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade [...]” STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão(coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume especial relevância em países de modernidade tardia – como o Brasil – onde o chamado “estado social” não passou de mero simulacro¹⁴ e, portanto, carente de efetivação de direitos fundamentais e que garantam o adequado cumprimento da norma constitucional em todos os seus aspectos.

A resposta hermenêuticamente correta, adequada e conformada com a Constituição tem um grau de abrangência e fundamentação que impede a existência de decisões discricionárias ou solipsistas, sobretudo, porque exige que a decisão seja constante e concretamente justificada, a partir da reconstrução do direito (*coerência, coesão e integridade*), com aportes da doutrina e da jurisprudência, confrontando tradições e porque atende ao comando do art. 93, inciso IX da Constituição da República¹⁵ e do art. 489, §1º do Código de Processo Civil brasileiro em vigor, os quais estabelecem – de maneira irrefutável – a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade¹⁶.

O que se pretende estabelecer é que a fundamentação das decisões judiciais é um dos mais importantes elementos do modelo de Estado Constitucional em vigor e que deve ser compulsoriamente observado no modelo de processo observado em território brasileiro, sobretudo, quando proferida uma decisão judicial, independentemente do tipo pronunciamento, modelo ou rito processual, grau de jurisdição e partes envolvidas. Qualquer teoria processual que se diga adequada, portanto, deve partir da premissa de um processo absoluta e integralmente constitucionalizado. Aliás, nesse sentido é a redação do primeiro dos artigos do Código de Processo Civil Brasileiro (art. 1º), segundo o qual o *processo civil será*

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 330.

¹⁵ “Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (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; [...]” BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁶ Nesse sentido, Lenio Streck sugere que se compreenda o tema a partir de um dever de “fundamentação da fundamentação”, traduzido por uma radical aplicação do art. 93, IX da Constituição. Para o autor, uma decisão mal fundamentada não seria sanável nem mesmo por embargos de declaração, uma vez que esta decisão encontra-se eivada de inconstitucionalidade e, portanto, é nula de pleno direito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição. Em igual quadrante segue o disposto no art. 11 do mesmo Diploma Processual que, expressamente, indica que a ausência de fundamentação de todos os julgamentos e decisões processuais é causa para nulidade do pronunciamento judicial¹⁷.

À toda evidência não cumprirá com a exigência constitucional de fundamentação das decisões, o pronunciamento judicial que contiver justificação meramente formal que é “a rigor um simulacro de fundamentação, ou sejam uma fundamentação fictícia”¹⁸. O correta e adequado fundamento deve ser suficiente para justificar a decisão judicial, de modo a demonstrar que se trata de um pronunciamento constitucionalmente legítimo e conformado, extraído-se, dessa premissa, a estreita ligação que deve haver entre fundamentação e contraditório¹⁹. Aqui, essencial resgatar-se a lição de Alexandre Freitas Câmara que, ao tratar da obrigação de fundamentação das decisões judiciais, chama atenção à necessidade de sempre se observar o contraditório entre as partes:

Sempre vale recordar que um dos elementos formadores do princípio do contraditório é o direito de ver os argumentos considerados (que na doutrina alemã chama de *Rech auf Berücksichtigung*). Pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos da parte foram levados em consideração na decisão judicial – e, portanto, se o contraditório substancial foi observado – pela leitura dos fundamentos da decisão. Daí a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das decisões, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um *procedimento em contraditório*, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja *substancialmente fundamentada* (grifo do autor).²⁰

A resposta (decisão judicial) – hermeneuticamente – correta²¹ é aquela que pode ser justificada na própria Constituição, decorrendo daí seu cariz de direito fundamental e, por conseguinte, inviolável e inquestionável. E, justamente, por que a

¹⁷ Art. 11 (CPC 2015). Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 281.

¹⁹ “Este princípio também conhecido como princípio da bilateralidade da audiência ou, como preferem os alemães, o direito a ser ouvido legalmente, ou simplesmente igualdade, traduzido do brocardo latino *audiatur et altera pars*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 17.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 281.

²¹ E não somente para os “casos difíceis”, mas para todas as situações e conflitos trazidos ao Poder Judiciário.

decisão/única resposta correta deve ser conformada e adequada à Constituição, é que a mesma não pode – sob pena de violação ao “princípio democrático”²² – depender consciência do julgador, no seu “livre convencimento”, da sua “íntima convicção”, na “livre apreciação da prova”, nas “máximas da experiência” ou na busca da “verdade real”²³, para trazer apenas de alguns dos aforismas (expressões indeterminadas e que abarcam qualquer explicação ou tentativa de justificação) muitas vezes utilizados para “justificar” decisões solipsistas e arbitrárias, mas que, entretanto, escondem um caráter subjetivista e discricionário, típico do paradigma positivista. Em outras palavras: é absolutamente inconstitucional, nulo e contrário ao direito decidir de maneira discricionária. Exige-se, portanto, uma fundamentação adequada, “suficiente para justificar a decisão, de modo a demonstrar que ela é constitucionalmente legítima”²⁴.

Destarte, a compreensão de que a resposta correta, conformada e adequada à Constituição é um direito fundamental, significa observar que as teorias do direito e da constituição, verdadeiramente comprometidas com o Estado Constitucional e com a concretização dos direitos fundamentais, dependem de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos para: (i) preservar a autonomia do direito; (ii) estabelecer condições para um controle da interpretação constitucional, para fins de impor limites à discricionariedade judicial; (iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; (iv) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever essencial dos juízes e dos tribunais, superiores ou não; (v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada²⁵. Aqui, contudo, é essencial anotar que Ronald Dworkin salienta que os juízes, em alguma medida, “criam novo direito quando decidem um caso importante”, uma vez que anunciam uma norma jurídica. Nada obstante, essas novas formulações jurídicas são relatos aperfeiçoados daquilo que o

²² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 281.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 541-542 e STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96-97.

direito já é, se devidamente compreendido, representando a correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito²⁶. Tal compreensão, efetivamente, aponta para a inexistência de discricionariedade como no positivismo, “em que o juiz cria o novo direito em caso de lacunas, mas sim de interpretação do melhor direito como integridade que representa a moralidade política da comunidade”²⁷.

Nessa quadra, revela-se inadequado afirmar que o juiz teria ou tem o poder discricionário de resolver um *hard case*; uma vez que essa falsa assertiva significaria concordar que, diante de várias alternativas de solução, o juiz pode optar por aquela que melhor lhe agrade (a partir de uma “escolha” pessoal e subjetiva). O juiz não pode “eleger” a solução que ele próprio entendeu a mais adequada. Diferentemente, trata-se de responsabilidade e obrigação do julgador – à luz do art. 93, inciso IX da Constituição da República e, mais modernamente, do art. 489, §1º do Código de Processo Civil – motivar, justificar e fundamentar sua decisão, ou, em outras palavras, “explicitar as condições pelas quais compreendeu”²⁸ as razões de fato e de direito que lhe levaram a decidir (não escolher) no caso concreto. O dever de fundamentar as decisões judiciais, pois, é compreendido com um *dever fundamental* do juiz e um *direito fundamental* do cidadão.

Um pronunciamento judicial, neste prisma, jamais deve ter por base uma “escolha” ou uma “opção”, mas sim o comprometimento com algo que se antecipa²⁹, sendo que, o que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, ressaltando-se que essa construção não é a soma de diversos ideais, mas sim, um todo que se apresenta como a interpretação mais adequada do direito.³⁰

Assim, toda decisão deve se fundar em um compromisso constitucional, que passa pela reconstrução da história institucional do direito (com especial destaque aos princípios, como indícios formais dessa reconstrução) e pelo momento de

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 9-10.

²⁷ BARBOZA, Estefância Maria Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 250-251.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 542.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta de um “grau zero de sentido”³¹.

Não é possível aceitar simulacros de fundamentações ou decisões baseadas em preferências pessoais, nas quais o magistrado reproduz o texto normativo ou a emenda de julgado (como se precedente fosse) que lhe pareceu mais adequado ou preferível³². A verdade é que há muito se percebe que a exigência de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia contra o arbítrio e ao decisionismo, assim como em face da discricionariedade³³. A decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador entre as diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar e vincular a sua interpretação - como a melhor, a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política. A partir desta concepção, analisar o modo como as decisões judiciais são fundamentadas, torna compulsória uma norma perspectiva para o cumprimento do comando constitucional de fundamentação das decisões judiciais, tal qual se pretende com a introdução de uma teoria de padrões decisórios vinculantes.

O direito fundamental à resposta correta (*one right answer*), portanto, vai além de compreender o direito como sendo um conjunto de regras ou de aceitar que se institucionalize “fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores. A decisão judicial será, nesse viés, o próprio direito, hermeneuticamente compreendido e devidamente fundamentado pelo juiz, razão pela qual é essencial deixar assentada a noção de que a Constituição – dirigente e compromissória – é o “topo normativo e interpretativo da produção judiciárias”³⁴, afirmação que deve ser compreendida a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, para quem, a Constituição integra o direito e sua eficácia somente será atendida a medida em que for aplicada³⁵. O direito não é somente (mas também) o que o judiciário

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 302.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 303.

³⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

³⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

diz que é³⁶, mas sim aquilo que se constrói a partir da hermenêutica e das especificidades e necessidades do caso concreto.

Nesse sentido, aliás, a resposta correta e conformada à Constituição e ao Estado Constitucional terá outras repercussões, como a própria garantia e efetivação de direitos fundamentais no processo. O direito fundamental ao devido processo legal (*due process of law*) ou ao processo justo³⁷, nessa seara, garante ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário para que lhe seja alcançada a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e esta garantia requer a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, a partir de um procedimento efetivamente pensado, concebido, organizado e realizado em contraditório³⁸. Nos dizeres de Darci Guimarães Ribeiro, um processo em contraditório exige um verdadeiro direito fundamental a influenciar no conteúdo do pronunciamento judicial.³⁹

A partir desta indelével perspectiva, procedimentos que visem a criar regras gerais e universalizantes (como por exemplo, a obrigatoriedade do instituto da “repercussão geral”⁴⁰ como condição de admissibilidade dos Recursos Extraordinários ao Supremo Tribunal Federal) que permitam julgamentos “em massa”, devem ser encarados como verdadeiro retrocesso na busca pelo ideal de justiça preconizado

³⁶ “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

³⁷ Destaca Luigi Paolo Comoglio que a garantia ao justo processo é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo efetivo com duração razoável, entre outras) “che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 278.

³⁸ Deve-se à obra de Elio Fazzalari o desenvolvimento da teoria processo como procedimento em contraditório, como forma de superação do conceito de processo como relação jurídica processual. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975. p. 24.

³⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 30-31.

⁴⁰ Lei 11.418 de 2006 que introduziu no Código de Processo Civil a exigência da comprovação de “repercussão geral” para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Essa mesma regra da repercussão geral foi reprisada no Código de Processo Civil em vigor desde 2015, conforme se observa da redação do art. 1.035: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.” BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

pelos princípios constitucionais e pelo próprio espírito do Estado Democrático de Direito.⁴¹

Observando que o Estado é quem detém o monopólio da jurisdição⁴² e que a parte se dirige ao órgão jurisdicional com a finalidade de *obter uma sentença*⁴³, resta indiscutível que a prestação de uma tutela adequada e efetiva dos direitos passa necessariamente pela concessão de maior poder decisório ao magistrado de primeiro grau. Ato contínuo, portanto, revela-se primordial que o julgador tenha – mais do que o compromisso – a obrigação de seguir padrões decisórios (precedentes) vinculantes advindos das Cortes Superiores, até mesmo por que, uma das razões pelas quais as partes recorrem aos Tribunais Superiores está na necessidade de obter decisões consentâneas aos próprios Tribunais Superiores.⁴⁴ Nesse sentido, aliás, o art. 927 do Código de Processo Civil em vigor obriga juízes e tribunais a observar: (a) as decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); (b) os enunciados de súmula vinculante (inciso II); (c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e recurso especial repetitivos (inciso III); (d) os enunciados da súmula do STF e da súmula do STJ (inciso IV); (e) a orientação do plenário ou órgão especial do tribunal a que esteja vinculado juízes e órgãos fracionários (inciso V).⁴⁵ Obrigatoriedade dos padrões decisórios, ademais, é reforçada no incidente de assunção de competência (art. 947, §3º do CPC); no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, incisos I e II do CPC) e no julgamento dos recursos especial e extraordinário (art. 1.040, inc. III do CPC).

⁴¹ Nesse sentido, oportuna a reflexão de Lenio Streck: “O que resta ao direito? Qual o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do ‘leito de Procusto’, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc...). E as ações são julgadas por ‘pilhas’.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). Desvendando o novo CPC.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). Desvendando o novo CPC.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 187-190.

⁴⁵ ASSIS, Araken. *Manual de recursos.* 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 337.

Diante deste quadro, um dos pilares para fixar-se uma adequada e democrática teoria da decisão (a fim de, sobretudo, assentar os pressupostos essenciais da fundamentação) é, evidentemente, a consolidação de uma teoria para padrões decisórios obrigatórios e interpretativamente vinculantes – ou melhor dizendo, uma teoria que trate dos padrões decisórios, a partir da integridade e coerência das decisões judiciais, em que a vinculação é interpretativa e não meramente normativa – hermeneuticamente comprometida com a busca de respostas corretas e adequadas à Constituição da República.

O Código de Processo Civil em vigor (CPC 2015), em vários de seus dispositivos, visa a criar as bases para a adoção de uma teoria de padrões decisórios interpretativamente vinculantes. Todavia, não estabelece critérios para que estes padrões decisórios sejam utilizados de maneira compatível com o Estado Democrático de Direito, ou seja, para que os padrões decisórios vinculantes possam efetivamente fundamentar as decisões judiciais, assegurando o respeito ao direito fundamental à resposta hermenêutica e constitucionalmente correta.

Observava Lenio Streck, já antes mesmo da entrada em vigor do novel Código de Processo Civil, quando da análise do Anteprojeto, que os dispositivos relacionados aos precedentes judiciais equivocaram-se ao advogar a necessidade de *estabilidade* da jurisprudência⁴⁶, haja vista que esta se trata de um conceito autorreferente, trazendo uma relação direta com os julgados anteriores, em uma espécie de conceptualização, recuperando, de uma vez por todas, o positivismo. Ao contrário, a *coerência* e a *integridade* do direito é que guardam um substrato ético-político em sua concretização, já que são dotadas de consciência histórica e consideram a faticidade do caso concreto⁴⁷.

O precedente genuíno na *common law* nunca nasce *desde-sempre* precedente, este, deve conter coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, se tornar um “padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente”⁴⁸.

⁴⁶ “Ora, a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a estabilidade é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores.” (Artigo publicado em 12 de setembro de 2013. www.conjur.com.br)

⁴⁷ (Artigo publicado em 12 de setembro de 2013. www.conjur.com.br. Acesso: 10-05-2022)

⁴⁸ Interpretação firmada por STRECK; Lenio Luiz; ABOUD; Georges. O que é isso – o sistema (sic) de precedentes no CPC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em:

A situação do modo-de-fazer-direito verificável no direito pátrio pode piorar se as regras do “precedente judicial”, constantes no Código de Processo Civil, forem aplicadas da mesma forma com que súmulas (seja qual for a sua natureza), a “jurisprudência dominante”, e por que não dizer, a mera ementa. O modo *fast-food* de propagação do conhecimento (que transforma o juiz em um *refrigerante*)⁴⁹, os banco de dados com soluções pré-prontas e o neoconstitucionalismo – que tem no Constitucionalismo Contemporâneo⁵⁰ a sua antítese – acabaram por gerar insegurança jurídica, em razão da equivocada “abertura interpretativa” dos princípios, permitindo respostas divergentes (arbitrariedades, resposta qualquer, discricionariedade e solipsismo) acerca de um mesmo tema pelo Judiciário.

Dessa forma, não se pode restringir a ideia de aplicação dos padrões decisórios (e da sua aplicação) a decisões pronunciadas por meio de algum mecanismo de padronização da jurisprudência – que deve ser *íntegra e coerente*⁵¹, conforme redação do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015⁵². Essa concepção revela-se contraproducente para com a própria ideia de operar com padrões decisórios vinculantes. Isto porque torna a identificação do padrão decisório dependente da criação legislativa desses mecanismos, mantendo-se a dependência do legislador em um campo em que isso é absolutamente desnecessário. Tal constatação, todavia, não exclui a importância de uma teoria da fundamentação das

<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso: 10 maio. 2022.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender o direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40-47.

⁵⁰ “Mais recentemente passei a designar o constitucionalismo exurgente pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo em contraposição as teses neoconstitucionalistas. O motivo desta mudança se deve ao fato de que o Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma proposta difusa e que abarca várias vertentes teóricas e concepções das quais não compartilho, em apertada síntese destaco as seguintes: 1) representam de um modo geral uma pretensa superação do positivismo jurídico, pois limitada somente a sua versão primitiva desenvolvida no séc. XIX; 2) uma aceitação ou um reconhecimento da discricionariedade judicial, que, assim, deve ser apenas racionalizada; 3) e a correção moral do direito, que na prática torna-se num moralismo individual.” STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2 p. 275-298, jul./dez 2014.

⁵¹ Conforme proposta de redação encampada por Lenio Luiz Streck. STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão(coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157.

⁵² Acerca deste dispositivo legal, importante a contribuição de Araken de Assis, para quem: “O art. 926 incorporou à lei processual as desejáveis características da jurisprudência dos tribunais, preparando a formação de um conjunto de precedentes, segundo determinada concepção doutrinária. Por óbvio, os atributos da estabilidade, da integridade e da coerência tornam as decisões do tribunal em casos futuros previsíveis, e, assim, obsequiosas aos direitos fundamentais da igualdade e da segurança jurídica, preservando a confiança dos litigantes.” ASSIS, Araken. *Manual de recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 335.

decisões judiciais em consonância com os padrões decisórios. A vinculação a decisões anteriores que tenham adotado determinado critério normativo, mediante adequada (e justa) fundamentação e à luz do contraditório, nada mais é do que uma das pedras fundamentais para a busca da resposta adequada à Constituição, o que se dá a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*⁵³.

Aqui é importante ressaltar que é papel dos Tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*, aliás e conforme já salientado, de acordo com o que preconiza art. 926 do Código de Processo Civil. Aqui, aliás, relevantíssima a contribuição de Luiz Guilherme Marinoni, para que, é essencial debruçar-se sobre a coerência nas decisões judiciais. Com efeito, “a despreocupação com a coerência do direito dos tribunais decorre da falta premissa de que a norma jurídica seria antecedente à interpretação do enunciado normativo”⁵⁴.

Como consequência, surgiria a suposição de que os tribunais estariam limitados a procurar a interpretação que revela o exato sentido da lei, ou seja, não haveria na função jurisprudencial uma função interpretativa, da onde, a função do julgador seria meramente declaratória: enunciar a norma preexistente ao julgamento, elaborado pelo legislador. Assim, se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação do texto, não poderia existir incoerência entre os julgamentos preferidos pelo Judiciário, mas apenas equívoco do na aplicação. Equivocada essa suposição, conforme alerta Luiz Guilherme Marinoni. Evidentemente, a norma não é um “produto pronto e acabado”, sendo que sua compreensão exige atividade interpretativa e hermenêutica, razão pela qual, norma e texto não se confundem. É nesse contexto

⁵³ “A tarefa dessa crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica (clássica e moderna), porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (Auslegung) e passa a ser produtivo (Sinngabung). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e a explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.” Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 161-163.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisões judiciais e coerência no direito*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.307.

que essa compreensão atribui ao juiz significativa responsabilidade, pois “dele se exige redobrada preocupação com a coerência do direito em suas decisões”.⁵⁵

A função da coerência, nesta perspectiva, liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si [...], trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento⁵⁶. Já a integridade, com efeito, exige que os juízes construam argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância⁵⁷. A verdade é que a integridade, de algum modo, “refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se uma garantia contra a arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipistas-voluntaristas”⁵⁸.

Importante nesta quadra estabelecer a absoluta indissociabilidade entre interpretação e aplicação, uma vez que estas decorrem da *fusão de horizontes*, na qual o intérprete, situado em seus pressupostos, propicia o aparecimento de novidade que o objeto a ser interpretado descortina⁵⁹. E é essa novidade que virá como uma resposta para a pergunta que o intérprete faz, daí porque quanto mais visível estiver, melhor será entendida aquela (a resposta). E essa resposta, no caso de um conflito judicial resolvido por um padrão decisório vinculante, precisa ser hermeneuticamente fundamentada. Assim, a importância da *applicatio* para o direito decorre não apenas da circunstância de que o julgador ou advogado sempre estar às voltas com a completude do problema a ser solucionado, mas também do fato de que norma e caso estão *ambos imersos no mundo da vida*⁶⁰. Não há, desta forma, uma esfera intelectual do dever-ser que possa ser primeiro percebida para depois ser aplicada, assim como não há uma autônoma esfera do ser que reúna fatos à espera de uma avaliação.⁶¹

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Decisões judiciais e coerência no direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.308.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.186.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.186.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.186.

⁵⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 152.

⁶⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 153.

⁶¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 153.

No caso dos conceitos do art. 926 do Código de Processo Civil, *coerência* implica investigar se a jurisprudência guarda acordo com as decisões do passado, em sentido lógico-formal⁶²; *estabilidade*, diz respeito a um problema de gestão e pretende saber se as fórmulas construídas a partir de decisões anteriores continuam a ser aplicadas de maneira uniforme e padronizada⁶³. Já a *integridade* exige um compromisso com os princípios da comunidade política. Pode ela justificar a continuidade da cadeia de coerência e estabilidade ou, em alguns casos, “obrigar que ela seja interrompida”⁶⁴.

Destarte, ressalta-se que institutos uniformizadores com base na orientação jurisprudencial de quaisquer tribunais, sempre que devidamente aplicados (leia-se, de maneira a preservar a integridade e coerência do direito), podem coadunar-se à constituição de respostas hermeneuticamente corretas. Possibilitam, inclusive, uma abertura interpretativa responsável mediante o crivo de argumentos intersubjetivamente válidos para todo e qualquer caso de análoga repercussão material.⁶⁵

E neste ponto é que a obrigatoriedade dos padrões decisórios (interpretativamente vinculados), mediante correta aplicação, contribui diretamente para a coerência e a integridade do direito, respeitando a tradição institucional, em direção à resposta adequada constitucionalmente

A partir destas constatações, é possível afirmar com toda a segurança que o direito à resposta correta e adequada à Constituição é sim de caráter fundamental. Nesse sentido, do mesmo modo em que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões judiciais, existe também um direito fundamental à obtenção de respostas

⁶² SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Estado de direito, independência judicial e os deveres de fundamentação das decisões: uma análise no contexto de estabilidade e integridade da jurisprudência. In: MAGALHÃES, Joseli Lima (coord.). *O caráter mítico e estratégico do novo CPC*. Teresinha: EDUFPI, 2021. p. 168.

⁶³ SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Estado de direito, independência judicial e os deveres de fundamentação das decisões: uma análise no contexto de estabilidade e integridade da jurisprudência. In: MAGALHÃES, Joseli Lima (coord.). *O caráter mítico e estratégico do novo CPC*. Teresinha: EDUFPI, 2021. p. 169.

⁶⁴ SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Estado de direito, independência judicial e os deveres de fundamentação das decisões: uma análise no contexto de estabilidade e integridade da jurisprudência. In: MAGALHÃES, Joseli Lima (coord.). *O caráter mítico e estratégico do novo CPC*. Teresinha: EDUFPI, 2021. p. 169.

⁶⁵ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 220, p. 210, jun. 2013.

corretas/adequadas⁶⁶. Com efeito, existe uma ligação quase que genética entre esse dever de fundamentar e esse direito fundamental à resposta correta. A relação de complementariedade entre um e outro oferece uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo do texto constitucional”⁶⁷, ou seja, a obtenção de respostas corretas no direito tem o condão de substituir qualquer pretensão discricionária por uma postura história/concreta, a partir da tradição, da coerência e da integridade do direito, com vistas a se obter a resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto.

É nesse sentido que a adoção de uma teoria da fundamentação com base em padrões decisórios vinculantes, se, corretamente adotados, certamente serão condição de possibilidade para que a *Crítica Hermenêutica do Direito*, inaugurada por Lenio Streck, seja implementada na prática judiciária brasileira. Não há como buscar respostas adequadas constitucionalmente sem respeito à tradição, sem coerência e integridade no direito, mas também, por óbvio, sem afastar da análise as circunstâncias fáticas do caso concreto, que servirão de guia para a aplicação (ou não) dos padrões decisórios vinculantes.

O estudo teórico – com base na teoria do direito – da adequada fundamentação das decisões judiciais, a partir do direito fundamental à uma resposta correta e conformada com a Constituição revela-se essencial para a construção de uma correta teoria de padrões decisórios vinculantes, a qual somente será possível a partir dos aportes epistemológicos da crítica hermenêutica do direito.

2.2 A Constituição e a democracia constituem-se na justificação essencial da garantia fundamental à resposta correta

Da modernidade recebemos como herança o Estado, o Direito e as próprias instituições⁶⁸. Implementando verdadeira ruptura com o medievo, o Estado Moderno aparece como significativo avanço na teoria do estado. Em um primeiro momento,

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

como Estado Absolutista, depois como Estado Liberal, mais tarde se transformando em Estado Contemporâneo (Social e na sequência, Democrático de Direito). Essa transformação, com efeito, decorre do aumento das contradições sociais acarretadas pelo próprio liberalismo⁶⁹. Gradualmente, verifica-se a ampliação das funções do Estado (e um crescente e preocupante *protagonismo judicial*, especialmente após o Segundo Pós-Guerra⁷⁰), fazendo com que o Estado Democrático de Direito se constitua a partir do constitucionalismo e da compreensão democrática das funções do Estado. Nesse quadrante, não há dúvida de que o chamado “Estado Constitucional⁷¹” representa uma fórmula de Estado de Direito que, na sua essência, carrega a ideia de “submissão do poder ao Direito”.⁷² Dessa feita, fica evidente que o juiz está sujeito ao direito, devendo, por isso, considerar a lei, o direito e a constituição como “a primeira mediação metódica do justo constitucional”⁷³.

No Estado Democrático de Direito ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional. Com efeito, no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (*o que não é proibido é permitido, direitos negativos*); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário⁷⁴. E se, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o foco das tensões migrou para o Judiciário, isso,

⁶⁹ Não obstante, conforme lembra Lenio Luiz Streck, “o Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente, mediante o empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

⁷⁰ TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 03.

⁷¹ Para fins deste trabalho, utilizar-se-á Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional como sendo o mesmo modelo de Estado de Direito.

⁷² Devendo-se acrescentar que essa submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo à Constituição. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 20.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 447.

⁷⁴ “Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

evidentemente, exigirá controle do conteúdo das decisões judiciais (quanto ao conteúdo e respeito aos princípios fundamentais) e dos julgadores (quanto ao procedimento e cumprimento de seus deveres legais).

Ora, se é inevitável que alguém tenha que decidir e se é inevitável o crescimento das demandas por direitos, e com isso aumente o espaço de poder do Judiciário, transparece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma do constitucionalismo contemporâneo⁷⁵ quer seja, a democracia.

Com efeito, o Poder Judiciário não pode ser o *locus* de soluções “prontas”, “mágicas” ou “pré-estabelecidas”, para os problemas dos fracassos e insuficiências políticas e paradigmáticas do modelo do Estado Providência (Social ou *Welfare state*). Outrossim, não se pode (e não se deve) apostar no protagonismo judicial (*república dos juízes*, na expressão cunhada por Lenio Luiz Streck⁷⁶). É nesse cenário que posturas decisionistas, solipsistas e discricionárias, típicas do positivismo-normativista, devem ser rechaçadas. Ocorre que, uma vez constatado que as normas programáticas previstas na Constituição não estão sendo cumpridas, o Poder Judiciário surge como instrumento para implementação dos direitos fundamentais não realizados. Em face deste quadro (ausência de cumprimento da Constituição, mediante omissão dos poderes públicos, que não realizam as políticas públicas determinadas pelo pacto constitucional), o Poder Judiciário se apresenta como uma via possível para a realização dos direitos que estão previstos na Constituição⁷⁷.

⁷⁵ Por dever de pesquisa, salienta-se que há autores que trabalham sob a perspectiva do “neoconstitucionalismo”. Sobre o tema, ver por exemplo, CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

⁷⁷ “À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Assim, para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista (por vezes, ainda exegético), próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal-individualista. Para tanto, é preciso entender que – sustentando esse modo liberal-individualista de produção de direito – existe um campo jurídico, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho a latere, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador. Esse campo jurídico se constitui em um conjunto de todos os personagens que fazem interpretar e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos dão-lhe dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais

Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam um retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”.⁷⁸ Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais, que, legislando na “contramão da programaticidade constitucional”⁷⁹ retiram ou tentam retirar conquistas da sociedade. A teoria da Constituição, portanto, deve conter um núcleo (básico) que albergue conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito assentando-se no binômio democracia e direitos humano-fundamentais-sociais.

Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente⁸⁰. É evidente, todavia, que não se pode pretender que o Poder Judiciário passe a ditar políticas públicas ou que passe a exercer funções executivas. Por tudo isso, é que a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa essencial, questão que assume especial relevância em um país em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade.⁸¹ Nesse contexto, revela-se fundamental discutir o papel da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como as condições de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais a partir deste paradigma de Direito e de Estado.⁸²

disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o habitus desse campo.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69-70.

⁷⁸ “Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22.

É adequado, sob este prisma, afirmar que a força normativa da Constituição – a partir de seu caráter dirigente e compromissório – sempre teve uma direta relação com a atuação da Justiça Constitucional na defesa da implementação e plena efetivação dos direitos fundamentais-sociais estabelecidos na Constituição.⁸³ Essencial, portanto, salientar que a Constituição no Brasil é *dirigente* (utilizando-se da expressão de José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁴), e, portanto, “compromissória”, no que tange à concretização dos direitos fundamentais.

Aliás, ao se falar em compromisso constitucional, é absolutamente essencial observar que aos tribunais cabe a tarefa de defesa incondicional dos direitos e interesses legal e constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos. Os magistrados de todas as instâncias, nessa quadra, não estão apenas *a serviço da defesa dos direitos fundamentais; eles próprios como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais*.⁸⁵ Essa vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetivas e concretiza-se: (1) *através do processo justo* aplicado no exercício da atividade jurisdicional ou (2) *através da determinação e direção das decisões jurisdicionais* pelos direitos fundamentais materiais.⁸⁶

Dessa forma, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado, implica em “solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade)”⁸⁷. A função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição, nesse viés, é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal⁸⁸. Assim, mais do que assegurar os procedimentos da democracia, é preciso compreender a Constituição como algo materialmente substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais e coletivos que o pacto

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 23.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 446.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 446.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115.

constituente estabeleceu como passíveis de realização. Nesta vereda, a Constituição, ainda deve “constituir-a-ação”, mormente por que no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado.⁸⁹

No contexto ora analisado, entretanto, não se pode confundir a necessária intervenção do Poder Judiciário, para fins de concretização dos direitos fundamentais, com a possibilidade de decisionismos por partes de juízes e tribunais, procedimento que é antidemocrático e inconstitucional⁹⁰. Pelo contrário: a admissão da discricionariedade judicial e de práticas solipsistas (“o que dá no mesmo”) é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar. Em suma, “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”⁹¹.

É nesse contexto que os princípios têm, com uma de suas finalidades, a de impedir *múltiplas respostas*⁹², arbitrárias ou fundamentadas na consciência pessoal do intérprete. É através dos princípios que se torna possível e se sustenta a existência de respostas adequadas (hermeneuticamente corretas para cada caso concreto) à Constituição. Com o advento do constitucionalismo contemporâneo, não há mais espaço para os chamados “princípios gerais de direito”, pela simples razão de que estes foram introduzidos no direito, como um “critério positivista de fechamento do

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

⁹⁰ Inexiste implicação necessária entre jurisdição constitucional e discricionariedade judicial, pela simples razão de que uma coisa não implica a outra. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

⁹² Sempre que uma ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz tem, segundo o positivismo jurídico, o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito preexistente de ganhar a causa. Na verdade, o juiz legisla novos direitos jurídicos e, ato contínuo, os aplica retroativamente ao caso em questão (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127). Essa discricionariedade transforma os juízes em legisladores, já que propicia que cada intérprete crie seu próprio objeto de conhecimento. Por isso, qualquer forma hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo está fadada a depender de um sujeito individualista que não sai de si no momento de decidir. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87 e 89.

sistema”, visando a preservação, assim, da “pureza e da integridade” do mundo de regras.⁹³

A “filosofia da consciência” (construção do objeto de conhecimento pelo sujeito, sendo o pensamento a única certeza) liga diretamente o positivismo jurídico ao sujeito solipsista (aquele sujeito da consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir, que constrói seu próprio objeto de conhecimento).⁹⁴ Tal forma de pensar o direito e de decidir, definitivamente, deve ser coibida através da adoção de necessária, correta e adequada teoria da fundamentação da decisão judicial que, em última análise, tem como foco encontrar respostas – hermeneuticamente – corretas e adequadas à Constituição.

Essencial anotar que por de “trás de cada regra, passa a existir um princípio”⁹⁵. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação, o paradigma que supera esse novo modelo, sustentado pelo constitucionalismo contemporâneo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na ponderação de Robert Alexy – o modo de se buscar as respostas adequadas à Constituição (corretas, hermeneuticamente). Nesse contexto, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”, fechando, assim, a interpretação (ao contrário, pois, do que sustentam as teorias discursivas e da argumentação).⁹⁶

Dessa forma, somente uma decisão hermeneuticamente fundamentada tem condições de garantir o direito constitucional dos indivíduos de obterem do judiciário respostas corretas. Compete, pois, ao julgador decidir (não escolher), sempre a partir da coerência e da integridade⁹⁷. No cenário atual de investigação em que a jurisprudência e os chamados “precedentes” devem ser utilizados para justificar

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 109.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 145.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

⁹⁷ “Decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem tomar; determina que eles têm um dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões.” STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão(coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

decisões judiciais, é necessário identificar-se – para repelir – práticas positivistas ou que inspirem qualquer modalidade de decisionismo ou discricionariedade judicial.

Conforme já salientado, é prática comum nos pretórios utilizarem *ementas* de acórdãos, como se lei fosse (ou seja, como se fundamento fosse), da mesma forma que o paradigma positivista fazia ao aplicar as leis: a subsunção. Daí a importância de um estudo para a adequação fundamentação judicial a partir dos *padrões decisórios*⁹⁸, investigação que deve partir da crítica ao positivismo jurídico e da compreensão do modelo do Estado Liberal em confronto com a roupagem do Estado Democrático de Direito e o constitucionalismo contemporâneo.

E é justamente aqui que se centra a necessidade de se estabelecer as bases filosóficas necessárias para uma teoria de padrões decisórios *interpretativamente vinculados* (a partir da constatação de que interpretação é aplicação, ou seja, assentar sentidos⁹⁹) através dos princípios, no sentido de alcançarem-se decisões fundamentadas e adequadas à Constituição. Não se pode admitir a aplicação mecânica ou subsuntiva dos padrões decisórios, sobretudo, porque estes não contêm, em si mesmo, todas as interpretações possíveis para a concretização de direitos e solução de conflitos.

É preciso deixar assentado que fundamentar não significa a criação de uma justificação posterior à decisão, pois não há uma cisão entre fundamentar e decidir. No mesmo sentido é essencial anotar que interpretar é aplicar, quer seja, é assentar sentido. Não subsiste, portanto, a tese de que primeiro o juiz decide e depois fundamenta.

Assim, de cada decisão extrai-se um princípio, que é aplicável aos casos seguintes. Esse princípio é que norteará as próximas decisões. É possível, pois, designar esse norteamto de “vinculação interpretativa” que se constitui a partir da

⁹⁸ Para fins de nota: expressão utilizada no Código de Processo Civil, após a entrada em vigor da Lei nº 13.256 de 4 de fevereiro de 2016 que, dentre outras alterações, incluiu o §5º do art. 966.

⁹⁹ “Os sentidos são aleatórios. Não há grau zero. Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. Tanto no cotidiano como no direito. Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Ele os norteará. Podemos chamar a esse norteamto de vinculação interpretativa, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito.” STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 113.

estabilidade¹⁰⁰, da coerência¹⁰¹ e da integridade¹⁰² do direito (aliás, expressamente, exigidas pelo art. 926 do Código de Processo Civil em vigor).

Desse modo, irrelevante, se a discussão repousa sobre a súmula ou sobre a lei. Trata-se de um texto, que somente existe interpretativamente. Não há textos sem normas e a norma surge da facticidade. Em cada interpretação, sendo súmula, lei ou padrão decisório, deve sempre haver a reconstrução do caso, o que exige reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou do dispositivo em discussão.

Qualquer postura diferente, faz ressurgir o antigo juiz “boca da lei”, agora sob a roupagem do juiz “boca da súmula” ou “boca de qualquer provimento vinculante”. O padrão decisório, como correto substrato de fundamentação judicial deve decorrer de uma “espécie de depuração histórico-hermenêutica de alguma decisão de Tribunal Superior”¹⁰³. Não há sentido em admitir-se múltiplas decisões ou múltiplas interpretações para casos iguais. A vida conforme o Direito “só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica”. Nesse sentido, fica evidente que o Direito perde autoridade na idêntica proporção da sua indeterminação, contexto em que a correta e adequada fundamentação das decisões judiciais através dos padrões decisórios interpretativamente vinculados, além de uma exigência de estabilidade, coerência e integridade do Direito, repousa na ordem constitucional vigente e no direito fundamental a decisões hermeneuticamente fundamentadas.

¹⁰⁰ Sobre a estabilidade e segurança jurídica trazida por decisões judiciais fundamentadas com base em precedentes, Daniel Mitidiero leciona que “em um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para se que possam fazer escolhas juridicamente orientadas”. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 25.

¹⁰¹ Com efeito, “a coerência entre as decisões judiciais não é só fundamental à afirmação, à autoridade e à credibilidade do judiciário, como é imprescindível o ao estado de direito.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 179.

¹⁰² “O Código de Processo Civil de 2015 manifesta preocupação contundente com a ideia de integridade da jurisprudência. Esta, além de íntegra, deve ser uniforme, estável e coerente (cf. art. 926 do Código). A noção de integridade que vimos desenvolvendo ao longo do presente trabalho, compreende, de certo modo, as de uniformidade, estabilidade e coerência. A jurisprudência íntegra é, necessariamente, jurisprudência construída de modo coeso, em que as decisões conversam entre si. Dessa ideia de integridade defluem as de uniformidade, estabilidade e coerência. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.323.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.193.

2.3 O processo civil na perspectiva de um modelo de Estado Constitucional: em destaque a ideia do devido processo legal

É inegável que o crescente desenvolvimento (e consolidação) dos direitos fundamentais tem conduzido ao abandono do modo de encará-los como simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes”¹⁰⁴. A consolidação do Estado Constitucional, nesse sentido, tende a propor uma melhor organização da relação *homem-mundo* e das relações intersubjetivas (entre e com os homens), segundo um projeto de estruturas básicas de justiça¹⁰⁵. No mesmo sentido, Peter Häberle aduz que, no Estado Constitucional, o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa avança - para além das fronteiras estatais – para o ponto central da atuação estatal da realização dos direitos fundamentais.¹⁰⁶

A evolução do Estado de Direito provocou alterações no ordenamento jurídico, especialmente pela generalização – a partir do pós-guerra mundial – do modelo de Estado Social de Direito e a incorporação de novos modelos de organização política, social e de gestão do Estado. Ocorre que, ao se alterar o paradigma anterior (do Estado Liberal) de produção jurídica, a partir de novas atribuições para o Estado, o modelo de Estado (Social) de Direito mostrou-se tendente a uma proliferação legislativa quase que desenfreada, situação que, segundo Luigi Ferrajoli, propiciou a mudança do meio “paleopositivista do Estado legislativo” (que se produziu com o nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente); para o “modelo neojuspositivista” do Estado constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas

¹⁰⁴ O art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República estabelece que toda a lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser levada ao Poder Judiciário, decorrendo daí a legitimação constitucional do direito fundamental à tutela jurisdicional. Todavia, modernamente o acesso à jurisdição deve ser encarada de forma mais aprofundada do que o aspecto formal previsto na norma, sendo correto afirmar que o cidadão tem direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 41.

¹⁰⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.

como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias.¹⁰⁷

O Estado e a jurisdição, nesse contexto histórico, não ficaram inertes às influências caracterizadoras e concretizadoras do Estado Constitucional e também foram influenciados pelos princípios, postulados e premissas constitutivas deste modelo jurídico-estatal, político e social voltado à concretização dos direitos fundamentais. Ora, se o Estado Constitucional (Democrático e de Direito) é um modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende obter transformações sociais, para a implantação de níveis superiores de igualdades e liberdades, é evidente que o processo civil - ramo do direito *mais rente à vida*¹⁰⁸, utilizando-se a expressão cunhada por Pontes de Miranda – sofreu importantes impactos e influências deste paradigma em seus princípios orientadores e forma de organização.

Nessa linha, o direito fundamental ao devido processo legal, antes visto apenas como mera garantia, bem pode ser classificado como direito de defesa¹⁰⁹ e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito a organização e procedimento. Nesse sentido, diversos dos direitos-garantias “podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual”¹¹⁰. De forma, “impõe-se uma referência à dimensão prestacional de diversos direitos-garantia, que, por este motivo, poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo”¹¹¹.

¹⁰⁷ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. O Estado de direito: história, teoria, crítica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito entre o passado o futuro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 416-417.

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1: Prólogo.

¹⁰⁹ Ainda como direito de defesa, o devido processo legal pode ser concebido como direito fundamental a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações dos titulares de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 461-462.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 180.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 180.

Com efeito, na medida em que se identifica um direito muito mais flexível (dúctil¹¹²), próprio do Estado Constitucional brasileiro, a segurança jurídica deixa de ser estática e passa a ser dinâmica¹¹³, tendo em vista o caráter principiológico e, portanto, maleável, dos direitos fundamentais. Enquanto a segurança, em perspectiva estática, assentava-se na garantia do devido processo legal, uma perspectiva dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais com maior eficácia possível, cria condições para a sustentação jurídica e social de um direito fundamental a um processo conformado pelos direitos fundamentais. Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira leciona, “não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado”.¹¹⁴

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais vinculam os atos jurisdicionais como normas de decisão”¹¹⁵. Nesse sentido, prossegue o constitucionalista português, para quem a relevância da vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais é principalmente discutida em três níveis: (i). no âmbito da fiscalização judicial, sobretudo quando se coloca o problema da desconformidade da lei com normas constitucionais, consagradoras de direitos, liberdades e garantias; (ii). no plano da eficácia vinculante das decisões do Tribunal Constitucional relativamente a outros tribunais; (iii). no domínio da delimitação de competências e definição dos poderes de cognição entre o Tribunal constitucional e os restantes tribunais¹¹⁶.

Desse modo, a partir destas premissas, é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas assume um conteúdo modal qualitativo (‘direito ao justo processo’, que nada mais é do que um processo judicial devidamente conformado com os princípios e postulados constitucionais), que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”.

¹¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. 3. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. p. 44.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 447.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 447.

Isso resulta na prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade)¹¹⁷. A constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o direito de acesso direto à constituição, sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias, a fim de fiscalizarem a conformidade da lei com as normas e princípios da constituição¹¹⁸.

O devido processo legal processual pátrio, segundo Daniel Mitidiero¹¹⁹, é o nosso modelo mínimo de processo equo: uma vez que somente com um processo democrático e constitucional podem advir decisões justas. Dessa forma, o perfil de processo que enaltece a garantia do *due process* é, portanto, o do *processo justo*¹²⁰ e, sob tal perspectiva, este decorre da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos na Constituição da República¹²¹, que de maneira estática compõem o devido processo legal. O processo justo, portanto, trata de um processo conformado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, cujo núcleo essencial é vital e irrenunciável, de modo que somente na presença de sua plena atuação, poderá ser considerado, sob o plano de vista ético e técnico, efetivamente justo¹²². Nesse sentido, todos os direitos fundamentais processuais revelam-se essenciais para a garantia de um processo democrático e consentâneo com os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil.

A história demonstra que é no período do segundo pós-segunda guerra, que se verifica uma virada jurídico-institucional em prol dos direitos sociais. No âmbito do processo, por exemplo, os estudos de Nicolò Trocker¹²³, Vittorio Denti¹²⁴, Tullio Ascarelli¹²⁵ e Mauro Cappelletti¹²⁶, para citar apenas alguns, demonstram uma

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 448.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003. p. 448.

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 41.

¹²⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 226, jul./set. 2003.

¹²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

¹²² COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.157, p. 86, mar. 2008.

¹²³ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

¹²⁴ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

¹²⁵ ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: SCRITTI Giuridici In Memoria Di Piero Calamandrei. Padova: CEDAM, 1958. v.1, p. 57-72.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

profunda alteração na concepção ideológica da ciência processual¹²⁷. A garantia de acesso à tutela jurisdicional passou a significar não somente a eliminação de obstáculos e de limites formais ao exercício da ação, mas também a eliminação de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de limitar e excluir de fato o acesso à justiça¹²⁸. É a partir da metade do século XX que “o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente através de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz”¹²⁹. Novas técnicas internas do processo começaram a ser alçadas à consecução da justiça social, dentre elas, a simplificação das formas procedimentais, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do juiz, sobretudo no campo da prova¹³⁰. Sinale-se, nessa seara, que o núcleo das preocupações da doutrina passa a se voltar para a necessidade de dotar os juízes de maiores poderes reduzir as desigualdades em relação ao litigante socialmente mais fraco¹³¹.

O processo, não mais concebido como algo privado, passou a representar o exercício de um direito público, deixando de ser considerado como “assunto das partes”, para refletir um *modelo* que visa a garantir a satisfação dos direitos. Em outras palavras: o processo deve não apenas tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça.

No mesmo sentido, Nicola Picardi chamará atenção para o fato de que na transposições dos modelos de Estado, “as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram”, em clara alusão ao incremento dos “poderes do juiz” que, numa visão moderna do processo, não podem manter a postura neutra e passiva, caracterizadoras do modelo de processo observado no Estado Liberal Clássico.¹³² As

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 312.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 313.

¹²⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 19.

¹³⁰ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 56.

¹³¹ Nessa linha, Denti visualiza o aumento dos poderes do juiz sob três perspectivas: a intervenção do juiz no sentido de solicitar o andamento do processo, a fim de obter rapidez na atuação da justiça, o que consistiria em um bem muito mais precioso ao litigante pobre que ao rico; a intervenção do juiz tendente a provocar o esclarecimento das questões de fato e de direito que servem de fundamento à respectiva pretensão, de modo a suprir as deficiências da defesa do litigante mais pobre; e o crescimento dos poderes do juiz relativamente à disponibilidade da prova. DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 63-64.

¹³² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: 2008. p. 5.

características de passividade e neutralidade presentes no juiz do Estado Liberal davam margem à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se gestores quase que absolutos do processo. O processo civil, conforme já visto, no Estado Liberal, restava infenso a valores, refletindo a neutralidade do Estado, sendo concebido como um “dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião”¹³³

No Estado Democrático de Direito ocorre uma evidente mudança de orientação: se no Estado Liberal se enfatiza o Poder Legislativo (período da expressão máxima do positivismo) e no Estado Social, a ênfase era no Poder Executivo (implementação de políticas sociais) e no Poder Judiciário (protagonismo judicial); no Estado Democrático de Direito, observa-se uma prevalência - qualitativa e democrática - do Poder Judiciário¹³⁴, naquilo que Nicola Picardi chama de “vocação de nosso tempo para a jurisdição”¹³⁵.

Essa concepção, todavia, merece ser atualizada (revitalizada) por aquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, ou como se queira chamar: Estado Constitucional. Ora, se   necessário retirar o órgão julgador da passividade em que se encontrava no Estado Liberal, isso não pode significar sua colocação na função de partícipe principal do processo, transformando as partes em meros expectadores, excluídas de uma efetiva participação na formação das decisões judiciais. O Estado Democrático de Direito, nessa quadra, exigirá uma profunda (re)organização do processo em conformidade com a própria noção de democracia, transparência e constitucionalismo. Nesse cenário, revela-se essencial encontrar-se um equilíbrio entre os poderes do juiz e das partes no processo: nem um juiz inerte do modelo do Estado Liberal, nem um reforço dos poderes do juiz em detrimento da atuação das partes no processo, especialmente por que “do equilíbrio de forç as entre o juiz e os litigantes que transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça”.¹³⁶

¹³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-can nica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 118.

¹³⁴ Dierle Nunes José Coelho Nunes ao tratar do tema, ressaltar  uma prevalência do Poder Judiciário, no paradigma do Estado Democrático de Direito: “A verificação do aumento da importância do Judiciário em nosso tempo é realmente uma constatação inegável”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 216.

¹³⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: 2008. p. 1.

¹³⁶ PERROT, Roger. *Il nuovo futuro codice di procedura civile francese*. *Rivista de Diritto Processuale*, [S. l.], n. 2, p. 239, 1975.

No Estado Constitucional busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social¹³⁷ a partir de um modelo de organização jurisdicional¹³⁸ em que o magistrado deve desenvolver diálogo no mesmo nível das partes, sempre com base na democracia participativa¹³⁹, na fundamentação da decisão judicial e na efetivação dos princípios processuais previstos na Constituição. Em outras palavras: a lei, o processo e todos os seus institutos não podem ser vistos de maneira apartada do sentido atribuído pela Constituição¹⁴⁰. Por outro lado, a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo¹⁴¹ ou participativo¹⁴² de organização do processo faz, especialmente, partindo-se do pressuposto de que a participação das partes no processo deve ser pautada pela lealdade, retidão e boa-fé objetiva¹⁴³.

Neste contexto, tem-se que o processo é muito mais do que mero procedimento; o processo é um procedimento constitucional e em contraditório (direito de influenciar, de ser ouvido e de participar¹⁴⁴) e principiologicamente qualificado. A

¹³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. [S. l.], 14 maio 2009. Disponível em: <https://www.diritto.it/processo-civile-liberale-sociale-e-democratico/>. Acesso em 15 dez. 2021.

¹³⁸ LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 121.

¹³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. [S. l.], 14 maio 2009. Disponível em: <https://www.diritto.it/processo-civile-liberale-sociale-e-democratico/>. Acesso em 15 dez. 2021.

¹⁴⁰ LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 123.

¹⁴¹ Para um estudo mais aprofundado ver MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁴² “Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

¹⁴³ Nesse sentido, ver o disposto no art. 77 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações.” BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁴⁴ Ao discorrer sobre a importância do contraditório no espectro dos princípios constitucionais, Darci Guimarães Ribeiro refere que: “a terceira e atual fase, que denomino de *constitucional* e está

partir daí é possível concebê-lo como um procedimento capaz de legitimar o provimento jurisdicional, na medida em que é capaz de concretizar o direito fundamental à participação, marca indelével do Estado Democrático de Direito e, portanto, adequado à tutela dos direitos, e, por fim, capaz de produzir uma decisão legítima (substancialmente legítima), vale dizer, conformada à Constituição, hermeneuticamente fundamentada e consentânea aos direitos fundamentais. É impensável, nesse quadrante, defender-se um protagonismo das partes ou do juiz, seja por que tal noção não se harmoniza com a ideia de um processo democrático, seja por que “acaba conduzindo a um comportamento belicoso entre profissões jurídicas, o que aguça o conflito, além de obscurecer a necessária interdependência existente entre elas”¹⁴⁵.

Com efeito, será o arcabouço principiológico da Constituição que irá informar o processo, tornando-o constitucional e hermeneuticamente adequado. Na medida em que os princípios representam o todo conjuntural da Constituição e que introduzem o mundo prático no direito, é perceptível que o procedimento somente poderá ser considerado um instrumento democrático de produção do direito (processo) quando estiverem presentes os princípios constitucionais do processo (e não somente o contraditório).

Afinal, conforme refere Lenio Luiz Streck,

tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accoutability* hermenêutica (grifo do autor).¹⁴⁶

E sendo o processo uma construção (jurídica e jurisdicional) compartilhada, fica evidente e inquestionável que o processo civil na perspectiva do modelo do Estado Constitucional conduz a um “processo judicial compreendido como um fenômeno essencialmente participativo” e, portanto, democrático¹⁴⁷.

reconhecida no direito de influenciar; ou melhor, direito de ser ouvido, ou como quer Nicolò Trocker no *principio di partecipazione*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 26.

¹⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 250.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 322.

¹⁴⁷ MORELO, Augusto M. *El proceso justo*. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1994. p. 63.

A valorização dos direitos fundamentais é, nas palavras de Felipe Scalabrin e Gustavo Santana “um dos elementos essenciais do Estado Democrático de direito, expressamente acolhida na Constituição Federal de 1988”¹⁴⁸. A afirmação e a consolidação dos direitos fundamentais é de *transcendental importância* para o direito, decorrendo daí a absoluta relevância que os direitos fundamentais (para sua plena efetividade) encontrem no processo civil, instrumentos que venham a salvaguardar os direitos, liberdades e garantias constitucionais decorrentes deste constitucionalismo vigente (dirigente e compromissário).

Nesse prisma, o Estado Democrático de Direito, além de exigir uma renovada postura do Estado frente à necessidade de concretização dos direitos fundamentais, traz consigo uma série de direitos fundamentais que se diferenciam, estruturalmente, daqueles concebidos na gênese do Estado Liberal. Isso impõe a necessidade de repensar o sistema de tutela dos direitos fundamentais, os quais se apresentam alargados no seu conteúdo e titularidade, deixando de serem vistos, somente, à luz de uma perspectiva liberal-individualista. Além disso, o refinamento da teoria dos direitos fundamentais acaba por exigir uma ampla atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, dando-se ênfase não apenas para o Poder Legislativo, como ocorrida no Estado Liberal, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário, o qual se vê frente à necessidade de remodelar o sistema de tutela jurisdicional dos direitos, que, até então, era posto para dar conta, apenas, de direitos fundamentais próprios do Estado Liberal.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito. Conforme leciona Lenio Luiz Streck, citando Elias Diaz:

o Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo

¹⁴⁸ SCALABRIN, Felipe. *Lições de direito constitucional: ações constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 11.

nas fases da produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.¹⁴⁹

O direito processual civil, evidentemente, não ficou infenso às influências caracterizadoras e concretizadoras do Estado Democrático de Direito e também foi atingido pelos princípios, postulados e premissas constitutivas deste novel modelo jurídico, político e social. Ora, se o Estado Democrático de Direito é um modelo novo, que remete a um tipo de Estado em que se pretende obter transformações sociais, para a implantação de níveis superiores de igualdades e liberdades, é evidente que o processo civil deve receber os impactos e as influências deste paradigma em seus princípios orientadores. A sociedade brasileira, hodiernamente, vive um momento de inovações e transformações políticas, jurídicas e sociais. Este início de século XXI convive com diferentes tipos de crises, crises que evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas¹⁵⁰, bem como a construção de novos modelos capazes de atender a uma demanda cada vez mais crescente e urgente de prestação jurisdicional, contexto em que a tutela dos direitos fundamentais – sob o prisma do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição da República¹⁵¹ – ganha relevo e importância no atual cenário jurídico e processual pátrio.

Nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, o Estado Constitucional apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social entre outros¹⁵². É neste contexto e diante desta principiologia que emerge a construção de um direito processual constitucional¹⁵³ que passa a refletir

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36-37.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

¹⁵¹ Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁵² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.

¹⁵³ Com relação à expressão, importante trazer a lição de Marcelo Cattoni, segundo o qual “se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva

estas e outras questões, assim como analisar os problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de garantia dos direitos fundamentais.

Nessa linha de compreensão, o direito ao devido processo legal ou devido processo constitucional¹⁵⁴, antes visto apenas como mera garantia, passa a ser compreendido como verdadeiro direito de defesa¹⁵⁵e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito a organização e procedimento¹⁵⁶. O processo¹⁵⁷ e suas garantias, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ganha então um tom democrático¹⁵⁸. Deixa de ser “aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa

ser, nesse sentido, 'constitucional'. [...] Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de se distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregação do estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc.” (CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212-13.). Não obstante, Darci Ribeiro Guimarães pondera que “o certo é que o tema apresenta grande importância, na medida em que possibilita a criação de um novo ramo do Direito Processual, o Direito Processo Constitucional. Este novo ramo do Direito Processual, mais do que permitir o enlace entre Processo e Constituição, revela uma mudança paradigmática na forma de conceber o próprio Direito Processual que passa a ser visto não mais como um simples instrumento de realização do ordenamento jurídico (concepção objetiva) ou dos interesses em conflito (concepção subjetiva), mas como um Direito Fundamental. Esta nova postura permite aos operadores do direito (re)interpretar os institutos processuais à luz da Constituição”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77. Nota 252.

¹⁵⁴ O devido processo legal, a partir da teoria dos direitos fundamentais, apresenta um viés materialmente vinculado aos princípios constitucionais, sendo, por esta razão, possível falar-se em um devido processo constitucional. Tal expressão é também utilizada por Dierle José Coelho Nunes. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 250.

¹⁵⁵ Ainda como direito de defesa, o devido processo legal pode ser concebido como direito fundamental a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações dos titulares de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 461-462.

¹⁵⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 134.

¹⁵⁷ Joan Picó I Junoi refere que “o processo era um negócio privado cuja finalidade se resumia na defesa dos interesses pessoais dos litigantes” (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 235.), mas que, ainda que os litigantes sejam livres para “dispor dos interesses em conflito” estes mesmos litigantes não podem “anular o compromisso do Estado com a prestação jurisdicional adequada”. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 219-220.

¹⁵⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 250.

constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”.¹⁵⁹

Nesse viés democrático do processo, “todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro” Sob esse prisma, tem-se, de um lado, a obrigação do Estado “de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais”¹⁶⁰, possibilitando a todo o cidadão o direito de obter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva¹⁶¹, e, de outro, o papel dos direitos fundamentais em precisar o conteúdo do direito a um processo adequado¹⁶², que não se limita ao ato inicial do juiz, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final. Tudo isso com vistas à obtenção da justiça do caso concreto, finalidade do processo, frente a qual o Estado dispõe, como meios de realizá-la, o processo justo e a tutela jurisdicional¹⁶³, que, de certo modo, retratam “os dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade”¹⁶⁴.

Assim, na seara do Estado Democrático de Direito, resta imprescindível identificar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais¹⁶⁵, considerando, desta forma, que o movimento de “constitucionalização do processo” não pode ser compreendido apenas pela incorporação de normas processuais na constituição, mas, também, por empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais. O devido processo legal (*due process of law*) nesta quadra, que está longe de ser um

¹⁵⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 250-251.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

¹⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 77.

¹⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

¹⁶⁵ Consoante palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é conduzido”. OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 262.

conceito estático e fixo¹⁶⁶, deixa de ser compreendido em uma dimensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica.

Outrossim e conforme leciona Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pode-se afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) é aplicável sob a forma de princípio, conferindo, assim, uma posição jurídico-fundamental *prima facie* que vem a ser o direito fundamental a um processo justo, isto é, o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, destinado à obtenção de uma proteção judicial efetiva.¹⁶⁷ Não obstante, é essencial salientar que o devido processo legal constitui, igualmente, um direito fundamental em si, no sentido de um conjunto de posições jurídicas fundamentais (contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, etc...).

Assim, impende constatar que a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito fundamental ao processo justo, isto é, não mais um processo estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante.¹⁶⁸ O processo civil no Estado Democrático de Direito contemporâneo, em suma, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial¹⁶⁹ justa, adequada e efetiva. Daí falar-se,

¹⁶⁶ Para Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik, “o devido processo é mais uma pergunta que uma resposta. Não é um conceito estático com um significado fixo já que, ao contrário, seu alcance tem evoluído através do tempo e continua evoluindo”. COVER, Robert; FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988. p. 105.

¹⁶⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 172.

¹⁶⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. v. 1, p. 63.

¹⁶⁹ “Com isso, relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser, igualmente, limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 220.

modernamente, em garantia de um processo justo, informado pelos direitos fundamentais.

Desta forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consequente eficácia irradiante sobre as leis processuais, permite a criação de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização do processo justo. Neste contexto, refere Eduardo Cambi, que a ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo ao juiz, na ausência de lei expressa, suprir a omissão obstaculizadora dos direitos fundamentais.¹⁷⁰

Dentre o rol de direitos fundamentais processuais do paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito fundamental ao contraditório surge como um “fluxo discursivo entre os sujeitos processuais e constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais”.¹⁷¹ É evidente, nesse contexto, que a função constitucional do *contraditório* (enquanto direito fundamental) é dependente da efetivação de outros direitos fundamentais processuais, todavia, por exercer função de incontestável relevância constitucional e democrática, entendeu-se por lhe dar destaque neste capítulo, sem, contudo, descurar da relevância dos demais direitos fundamentais que informam e organizam o processo. Num primeiro aspecto, o contraditório vem concebido pela ideia do *audiatur et altera pars*¹⁷², ou seja, faz referência ao direito que ambas as partes tem de ser ouvidas, “a alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir a ambas as partes”, tradução livre do brocardo alemão medieval “*einse mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed*”.¹⁷³ Na medida em que “esta visão de um contraditório estático,

¹⁷⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 222.

¹⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 224.

¹⁷² Sobre este brocardo, Nicola Picardi assim se manifesta: “Esse rico aforismo jurídico, com toda a probabilidade, representava uma direta reelaboração de textos literários latinos. Em verdade, Sêneca havia escrito ‘*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud arquus fuerit*’. Contudo, a máxima, ao que parece verdadeiro, é de origem grega. Tal conceito encontra, de fato, em *Os Zangões* (conhecido também como *A Vespa*), nas *Vespas*, comédia de ambiente judiciário de Aritófanes e, ainda antes, em *Os Eráclides* de Eurípedes. A verdade é que na literatura grega era citado com freqüência um verso de autor incerto: ‘*antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide*’. [...] De qualquer modo, o aforismo em exame continuou a ser sucesso também no âmbito literário: de Plutarco a Ariosto, o qual escreve ‘*antes de causar danos à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa*’” PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: 2008. p. 130-132.

¹⁷³ MILLLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

somente pode atender a uma estrutura procedimento monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz”¹⁷⁴, no Estado Democrático de Direito, o contraditório apresenta uma feição muito mais profunda, indo além da simples bilateralidade da audiência (*audiatur et altera pars*)¹⁷⁵.

Ademais disto, ao lado do devido processo legal (devido processo constitucional), o contraditório revela-se inerente à compreensão de um processo democrático, revelando a importância e indispensabilidade da participação do indivíduo na preparação do ato de poder¹⁷⁶, tornando o processo um verdadeiro ambiente de inspiração democrática¹⁷⁷. É o contraditório que possibilita a participação¹⁷⁸. Essa nova roupagem do contraditório, como elemento essencial e fator de legitimação democrática do processo, afasta, de imediato, a ideia segundo a qual a parte possa ser considerada simples objeto do pronunciamento judicial no *iter* procedimental.¹⁷⁹

O direito fundamental ao contraditório, nesta senda, é considerado em uma perspectiva ativa (própria do paradigma do Estado Democrático de Direito), como verdadeiro direito de influir sobre a elaboração e formação do convencimento do juiz¹⁸⁰, ou seja, “como direito de influência”¹⁸¹ e, ao mesmo tempo como direito de “não surpresa”¹⁸². Nessa mesma seara, Giuseppe Tarzia resume o contraditório na

¹⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 34, n. 168, p. 117, fev. 2009.

¹⁷⁵ A respeito da evolução e das nuances históricas do contraditório, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 74, 1998.

¹⁷⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 160-161.

¹⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: STUDI in memoria di Salvatore Satta. Volume primo. Padova: Cedam, 1982. p. 210.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p. 10, 1998.

¹⁸⁰ Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 132, ago. 2004.

¹⁸¹ “Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como direito de influência* no desenvolvimento e resultado do processo. O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da participação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 224 e 226.

¹⁸² “A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula de jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o contraditório, constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que uma ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”. NUNES, Dierle

“possibilidade de participar ativamente no desenvolvimento do processo e, portanto, de influir sobre os provimentos do juiz”.¹⁸³ Com efeito, quanto maior a participação das partes, mais justa e equilibrada será a solução encontrada ao caso concreto, de modo que a participação não somente vem a ser indicativa da justa possibilidade de manifestação, mas configura também uma contribuição para a solução justa.¹⁸⁴

Corolário destes aportes é a “tutela contra o perigo de eventuais surpresas”¹⁸⁵, que

impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em 'solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.¹⁸⁶

Dessa forma, “a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto (incontrolável protagonismo judicial), em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda”¹⁸⁷. Ademais, acaba sendo resgatada a “importância técnica e legitimadora do processo, uma vez que este implementará a baliza discursiva necessária (contraditório) para o debate participativo”.¹⁸⁸

José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 224 e 229.

¹⁸³ TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. In: TARZIA, Giuseppe. *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60.

¹⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 60, p. 458, apr./giugno 2005. Conforme Michele Tarrufo, para aquilatar a justiça da decisão, é necessário seguir três critérios, dentre eles "o emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão" (TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 319, 1997). A justiça da decisão deverá ser aquilatada no caso concreto, porém o processo justo constitui condição de possibilidade para se chegar a soluções justas, mas, não é suficiente para a produção de decisões justas, conforme afirma Sergio La China, no sentido que a justiça procedimental do processo jurisdicional é uma justiça imperfeita. CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32. n. 152, p. 103, out. 2007.

¹⁸⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 499.

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 125, p. 117, fev. 2009.

¹⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 231.

¹⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 239.

Depreende-se, portanto, que a (re)leitura dos institutos processuais, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito¹⁸⁹, não garante apenas uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que estes mesmos institutos processuais sejam filtrados pela Constituição da República, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais. Desta forma, o direito processual civil, no Estado Democrático de Direito, é perpassado pelos valores constitucionais vigentes, de forma a que se realize a justiça no caso concreto, em vista de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (conforme art. 3º da Constituição), objetivo que passa, obrigatoriamente, pela construção de processos justos e decisões equânimes.¹⁹⁰

2.4 Da integridade e da coerência como elementos essenciais para se afastar a discricionariedade judicial na aplicação dos padrões decisórios

O controle, o estudo e a análise do conteúdo das decisões judiciais, preliminar a qualquer consideração que se possa fazer, prendem-se a uma necessidade do próprio Estado Democrático de Direito, especialmente, para que os juízes não se tornem ou não se apresentem como verdadeiros “legisladores”¹⁹¹ na aplicação do direito.

Nada obstante, é preciso ter claro que o exercício deste controle sobre as decisões judiciais não redundará em uma proibição ou na redução da atividade interpretativa do julgador, mormente por que o exercício da interpretação e consequente aplicação do direito exige a compreensão, ou, nas palavras da Gadamer, “implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma

¹⁸⁹ Segundo leciona Dierle José Coelho Nunes: “faz necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso o paradigma do Estado Democrático de Direito”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

¹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 72.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar.”¹⁹² No mesmo sentido, José Carlos Moreira da Silva Filho, debruçado nos estudos de Gadamer afirma textualmente que “a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”¹⁹³.

Nessa perspectiva, na solução dos casos que reclamam a tutela jurisdicional do Estado, o julgador não pode criar um “novo” direito (aplicando-o retroativamente ao caso concreto) e tampouco pode recorrer a soluções arbitrárias, discricionárias ou solipsistas (a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá¹⁹⁴). A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. É necessário superar as práticas positivistas que se sustentam a partir do paradigma de discricionariedade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial correta¹⁹⁵ e adequada constitucionalmente ganha relevo e importância, principalmente, por que é esta resposta correta quem tem o condão de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

Decidir não pode ser sinônimo de escolher, porque a escolha é sempre parcial¹⁹⁶ e, portanto, pode conter nível algum de discricionariedade. Contrariamente, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto”¹⁹⁷, deve ser consistente e constantemente justificada, contendo a

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; GADAMER Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 461.

¹⁹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

¹⁹⁴ Nesse sentido, é bastante esclarecedora a análise feita por Lenio Streck: “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

¹⁹⁵ Teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, o qual se utilizou da metáfora do juiz Hércules para a solução dos chamados hard cases ou casos difíceis. Neste aspecto, é essencial chamar atenção para o fato de que a expressão “casos difíceis”, cunhada por Dworkin, em contraposição aos “easy cases” ou casos fáceis, revela-se hermenêuticamente inadequada. Partindo da lição de Lenio Streck, sequer há como se saber com precisão se estamos diante de caso simples ou de um caso difícil. Para o mesmo autor, “já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”. (maiores subsídios, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 245-249.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 365.

reconstrução do direito por meio da coerência e da integridade, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito”¹⁹⁸. As reflexões sobre a tese da resposta correta¹⁹⁹, neste compasso, partem diretamente dos estudos de Ronald Dworkin e de Hans-Georg Gadamer que, igualmente, enfrentam a discricionariedade positivista a partir da constatação da necessidade de coerência e da integridade do direito²⁰⁰.

Nesse contexto, a pretexto de *fundamentar* decisões, a jurisprudência vem sendo utilizada por alguns julgadores para sustentar as suas teses ou decisões judiciais. Ocorre que, na prática, o que se observa é que a jurisprudência não tem sido utilizada para a correta, necessária e adequada fundamentação das decisões, mas sim para mascarar um indisfarçável decisionismo. É comum utilizarem *ementas* de acórdãos, como se lei fosse (leia-se, como se fundamento ou *precedente* fosse), da mesma forma que o paradigma positivista fazia ao aplicar as leis: a subsunção. Essa situação é tão grave que, não raro, algumas *ementas* nada dizem respeito à análise do caso concreto, ou seja, a utilização desse padrão decisório não obedece a critério interpretativo algum e muito menos baseia-se na integridade e coerência da análise do caso concreto.

Aqui exsurge, pois, uma das principais inquietações do direito processual hodierno, especialmente em face da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil Brasileiro, que contempla regra especial para a fundamentação das decisões judiciais e introduz verdadeira tentativa de aproximação entre as tradições da *civil law* e da *comum law*²⁰¹, com a introdução de regras para a aplicação dos

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 365-366.

¹⁹⁹ Neste contexto, é essencial deixar claro que trabalhar com a possibilidade de se encontrar a melhor “resposta correta” não implica em descobrir-se uma única interpretação que solucione o caso concreto. Com efeito, a “resposta correta” é melhor compreendida a partir da busca pela melhor interpretação para um caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, todo o processo de compreensão do direito, ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a esta história, corrigindo eventuais falhas, ao invés de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional.

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94.

²⁰¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 51.

padrões decisórios (precedentes) e a busca por critérios hermeneuticamente seguros para que uma decisão judicial seja fundamentada através de padrões decisórios.

Com efeito, qual seria o critério de aplicação de um padrão decisório e qual seria esse norteamento? Poder-se-ia exigir uma *vinculação normativa*, em que a lei estabelece a obrigatoriedade de determinado padrão decisório. Tal solução, todavia, recairia em diversas incertezas e subjetivismo do magistrado que escolheria ou faria a opção acerca do padrão a ser utilizado para fundamentar determinada decisão. Em verdade, transparece muito mais adequado e constitucionalmente justificável que a utilização do padrão decisório ocorra mediante uma *vinculação interpretativa*, construída a partir da *coerência* e da *integridade* do direito aplicável ao caso concreto. Afinal,

tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica²⁰².

Para uma correta e adequada aplicação dos padrões decisórios é relevante lembrar a lição de Michele Taruffo que, ao tratar sobre o tema, esclarece que o precedente é constituído pelo inteiro teor da decisão e não apenas de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação²⁰³. Os textos que constituem nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra fundada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral.²⁰⁴

É nesse cenário que o art. 926 do Código de Processo Civil em vigor estabelece que os *tribunais devem uniformizar sua jurisprudência*, mantendo-a *estável, íntegra e coerente*. Há, portanto, um dever legal de observância da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, na medida em que “ainda que não seja fonte primária do direito, o *autoritas rerum similiter iudicatarum* tem enorme

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 322.

²⁰³ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 143, set. 2011.

²⁰⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 143, set. 2011.

influência prática”²⁰⁵ na aplicação do direito: desde o exercício da pretensão pelo advogado, até a fundamentação da decisão pelo magistrado. Nada obstante, como bem observa Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, a diversidade de órgãos decisórios, com o aumento exponencial de decisões, produz diferentes padrões decisórios pela diversidade de perspectivas jurídicas²⁰⁶. Tal fenômeno decorre tanto pelo desconhecimento do padrão decisório dos demais órgãos, quanto por simples discordância ao padrão estabelecido. Essa divergência jurisprudencial, contudo, além de violar a igualdade constitucional entre pessoas que enfrentam uma mesma situação ou conflito, ocasiona uma “quebra da unidade do direito e uma aplicação diversa e desigual da lei”²⁰⁷.

Nesta senda, o dispositivo legal em comento (art. 926 do CPC em vigor) estabelece a obrigatoriedade de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência. A necessidade de estabilidade da jurisprudência decorre, pois, do seu próprio escopo institucional, notadamente porque a jurisprudência “dotada do selo oficial donde emanada, passa a ser repetida nos casos futuros”²⁰⁸. Destarte, a noção de estabilidade dos padrões decisórios reforça a igualdade e a certeza jurídica: a força persuasiva da decisão, a lógica da solução encontrada, “convence os julgadores seguintes” ou como explicita Neil Maccormick, “o tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes”²⁰⁹.

Manter a estabilidade e a integridade dos padrões decisórios, notadamente para fins de fundamentação das decisões judiciais, afasta a arbitrariedade dos julgadores. Essa noção de integridade, com efeito, nas palavras de José Miguel Garcia Medina, “compreende, de certo modo, as de uniformidade, estabilidade e coerência”²¹⁰. A jurisprudência íntegra, nesse sentido, é uma “jurisprudência

²⁰⁵ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.298.

²⁰⁶ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.299.

²⁰⁷ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.299.

²⁰⁸ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.299.

²⁰⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 97.

²¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 129-154, dez. 2016.

construída de modo coeso, em que as decisões conversam entre si”. Prossegue o autor, salientando que dessa ideia de integridade “defluem as de uniformidade, estabilidade e coerência”²¹¹, de modo que situações idênticas não recebam tratamento diferente, o que também violaria – conforme já visto – o princípio da isonomia.

Respeitar a integridade, segundo Ronald Dworkin, exige que os juízes admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal, a fim de que apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.²¹² Em complemento, explicita Ronald Dworkin que o direito como integridade pressupõe que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores, portanto, devem “tomar suas decisões sobre *common law* com base em princípios, não em política”²¹³, devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais.

Com efeito, os padrões decisórios, para serem vinculantes, devem ser íntegros, efeito que somente ocorre quando se considera os pronunciamentos anteriores a respeito da questão examinada. A integridade é um compromisso com o exame da totalidade das perspectivas sobre a questão jurídica, pelo que reflete na consistência do ato decisório. O magistrado não pode considerar sua decisão isoladamente, mas como mais um capítulo da história da jurisprudência, tal qual nos ensina Ronald Dworkin e sua metáfora do *romance em cadeia*, segundo o qual “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar [...], deve-se tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”²¹⁴.

A coerência, nesse viés, exige que diferentes julgamentos dos tribunais sobre as mesmas questões jurídicas sejam compatíveis em um único sentido. As mesmas questões não podem ser tratadas de forma diferente ao alvedrio dos órgãos

²¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 129-154, dez. 2016.

²¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 292.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

juízes, sob pena de se comprometer a própria isonomia²¹⁵. As diferentes soluções jurídicas que compõem a jurisprudência dos tribunais devem fazer sentido (apresentar coerência) quando analisadas em conjunto. A coerência exige coesão de sentidos nas soluções atribuídas pelos padrões decisórios em que o julgador deve se basear para fundamentar suas decisões judiciais de maneira hermeneuticamente constitucional, adequada e justa.

2.5 Da fundamentação das decisões judiciais a partir de padrões decisórios interpretativamente vinculados

A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial, consoante já salientado, constitui-se, pois, em premissa básica para que se busque, não a única e nem a melhor, mas *aquela* resposta que seja correta, conformada e adequada à Constituição.²¹⁶ Com efeito, a aposta na discricionariedade (cuja matriz teórica tem origem nos discursos de Kelsen²¹⁷ e Hart²¹⁸) tinha como objetivo reafirmar o modelo de regras do positivismo²¹⁹. Ora, na medida em que sempre há um deficit de previsões na regra, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito seria/é (apenas) um conjunto de normas (regras)²²⁰.

Para melhor compreender-se a necessidade de negação à discricionariedade judicial, convém – ao menos – identificar-se as características mais essenciais do próprio positivismo²²¹, segundo o qual (i) a existência do direito em uma

²¹⁵ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 1.299.

²¹⁶ E esta resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento ao “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

²¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

²¹⁸ HART. Herbert Lionel Adolphus. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 364.

²²¹ “Por trás de todas essas concepções está o desenvolvimento histórico do positivismo e a busca de sua superação. O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivismo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do Direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou

sociedade depende das práticas do membros desta sociedade, (ii) a validade de uma norma independe da sua validade moral, (iii) todas as normas jurídicas abarcam todas as hipóteses de aplicação e que nos chamados “casos difíceis”, que não encontram solução na regra, o julgador deve recorrer à discricionariedade²²², ou seja, à sua convicção pessoal e à sua subjetividade.

E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial frente ao constitucionalismo contemporâneo, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras²²³, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade. A negação a este modelo discricionário e solipsista de decisionismo judicial, portanto, remete à necessidade de se identificar a resposta correta à luz da hermenêutica jurídica, para aquele caso concreto.

A existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismos liberal-burguês.²²⁴ Nesse sentido, revela-se indubitável que, hodiernamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que inexistem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei, que exsurjam de procedimentos ou de métodos de interpretação.²²⁵ Nesse sentido *conceitos* que tenham a pretensão de abarcar, de maneira antecipada, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado, na lição de Lenio Streck, “pelo emprego

seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predominava o exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos).” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 119.

²²² Conforme Lenio Streck, para quem estas questões estão presentes no pensamento de Kelsen e de Harte, que se constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 335.

²²³ No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para os princípios e para discussões relacionadas ao “caso concreto”, contrariamente ao que ora se advoga, onde “falar em princípios é falar em mundo prático, em faticidade e não em ‘enunciados assertóricos” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 168.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 543.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 543.

sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento do significados dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor”.²²⁶

O positivismo (tanto em Hart ou mesmo em Kelsen) não consegue compreender que a regra não abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada e desvinculada da realidade prática. E é por isso que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios “resgatam o mundo prático”²²⁷, não é possível admitir-se, por exemplo, que o Código Civil atual reintroduza cláusulas (abertas) que autorizem o julgador – a partir de sua própria consciência – a preencher lacunas ou incompletudes legais, “a partir da ‘descoberta’ de valores que estariam em uma metajuridicidade”.²²⁸ Com efeito, no positivismo-normativista de Kelsen, em que “não há espaço para os princípios”²²⁹, também não há espaço para análise do “caso concreto”, visto que a regras devem resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva. O positivismo, ao ignorar os argumentos de princípio²³⁰, equivocadamente, abre espaço para a discricionariedade, na medida em que permite que o julgador – ao se deparar um com *hard case* - faça a “melhor” escolha (baseada em sua vontade e consciência subjetiva).

Abre-se, portanto, a possibilidade da discricionariedade do intérprete e, conseqüentemente, de decisões judiciais solipsistas. E neste prisma, talvez, resida a maior deficiência das teorias positivistas, em face da insuficiência das regras para os

²²⁶ “A hermenêutica filosófica, com aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós metafísico e pós-positivismo, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórias-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação so esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica. Dito de outro modo, trata-se de evitar ativismos, necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 543-544.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 168.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 168-169.

²³⁰ Sobre os “argumentos de princípio” ver, por todos, os ensinamentos de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127-132.

chamados “casos difíceis”, uma vez que o “*positivismo permite que o juiz faça a melhor escolha*”²³¹. O direito assim, nesta concepção positivista, é apenas uma “moldura” na qual serão subsumidos os fatos (como se fosse possível separar fato e direito)²³². Observe-se, todavia, que esse problema da discricionariedade judicial, que decorre do próprio positivismo, a partir da “delegação em favor do juiz de resolver os casos difíceis”, acaba resultando numa espécie de deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente a regra (texto jurídico), mas das conceituações prévias elaboradas pela dogmática jurídica.²³³ Conforme leciona Lenio Streck,

o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de ‘discursos de fundamentação prévia’. Isto é feito através de uma estandartização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc). (grifo do autor).²³⁴

A importância destas reflexões reside no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios²³⁵ na interpretação e na compreensão da Constituição, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart.²³⁶ Em verdade, defender que a

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

²³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

²³⁵ Nesse diapasão, para Juarez Freitas “o juiz [...] exerce poder criativo, devendo lutar, dialética e transdogmáticamente, para superar, no campo da hermenêutica, toda e qualquer subserviência ao Executivo e ao Legislativo”, vale dizer, investindo na atividade interpretativa a possibilidade de resgatar os princípios constitucionais, que representam uma escolha (ideológica) de um formato político bastante claro – a democracia de direito. FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989. p. 67.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 337.

discricionariedade seria algo inerente ao direito significa, na prática, sustentar o protagonismo judicial o que, evidentemente, não se coaduna com a democracia, na medida em que a democracia “não se relaciona bem com a discricionariedade”²³⁷. Com efeito, é inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios (que eram os “gerais de direito”²³⁸), neste modelo, tinham a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário²³⁹. É neste contexto que Ronald Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Herbert L. A. Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente²⁴⁰.

Nesta mesma medida, é rejeitada a premissa de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito²⁴¹. O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

A admissão da discricionariedade judicial reflete o próprio modelo positivista, que o Estado Democrático de Direito procura superar, “exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios”²⁴². É nesse contexto, que os princípios detêm a finalidade de impedir as chamadas “múltiplas respostas”, literalmente fechando a interpretação, razão por que é equivocado afirmar que os princípios são mandados de otimização²⁴³ e de que as regras traduziriam a tese das especificidades,

²³⁷ Aliás, esta é a crítica mais veemente de Dworkin a Hart. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 348.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 252.

²³⁹ Neste quadro, a introdução dos princípios na solução dos chamados casos difíceis, representa uma ruptura com o modelo positivista que considera o direito com mero sistema de regras.

²⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.

²⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

²⁴³ Humberto Ávila rejeita também a ideia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados “na mesma medida”. ÁVILA,

uma vez que tal entendimento redundaria na conclusão de que os princípios seriam cláusulas abertas, ou seja, espaço reservado à livre atuação subjetiva do juiz.

A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta correta. Com efeito, os princípios têm o condão de ir além da carga de abstração da norma, superando justamente as práticas positivistas. Ou, conforme explica Lenio Streck: “os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia), por que essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade²⁴⁴”.

Os princípios, portanto, conferem “espessura”²⁴⁵ à regra, dotando-a de significatividade. E, a partir desta perspectiva, revela-se incorreta a assertiva daqueles que defendem que os princípios seriam meros “postulados” ou “mandados de otimização”, isso seria o mesmo que afastar mundo prático ínsito aos princípios, abrindo espaço para a abstração das regras²⁴⁶.

Nesse sentido, defender a possibilidade de superação dos princípios pelas regras fere o próprio espírito democrático, na medida em que se admitiria, por exemplo, que a Constituição fosse interpretada e aplicada com base em leis ordinárias. É através dos princípios que é possível advogar a tese da resposta correta para cada caso concreto que, na solução dos “casos difíceis²⁴⁷”, evitando-se a discricionariedade e o solipsismo judicial²⁴⁸. Isto significa afirmar que o modelo de direito sustentado no esquema de regras do positivismo está superado, não obstante ainda seja dominante no âmbito da dogmática jurídica cotidiana²⁴⁹. Neste contexto, revela-se bastante razoável concluir-se que a arbitrariedade, enquanto produto da

Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], n. 215, p. 163, 1999.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171.

²⁴⁵ Expressão utilizada por STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171.

²⁴⁷ Não obstante a inadequada distinção entre casos fáceis e difíceis já referida neste texto.

²⁴⁸ “A resposta não provém do discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.

²⁴⁹ Sendo justamente este o desafio do jurista no dia-a-dia, seja na advocacia, seja no foro, ou seja, superar a discricionariedade e o solipsismo judicial, para combater o protagonismo judicial e as decisões arbitrárias.

discricionariedade, não será resolvida através de regras, exatamente por que a arbitrariedade e o decisionismo são consequências do positivismo que, em suas diversas roupagens, sempre abstraiu a situação concreta no ato de aplicação²⁵⁰.

Não resta dúvidas de que a negação à discricionariedade judicial é pano de fundo para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que tenha como objetivo alcançar-se respostas corretas e adequadas à Constituição. Ora, o direito é um saber prático e sua meta é buscar condições para a concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas²⁵¹, justamente, por que a produção democrática do direito não pode ficar “refém” da subjetividade ou da consciência pessoal dos julgadores. Aqui, aliás, relevantíssimo resgatar os estudos de Joan Picó i Junoy, o qual faz referência expressa ao célebre brocardo “*judex secundum allegata et probata judicares debet, non secundum conscientiam*”.²⁵² O caminho para combater-se a subjetividade e a consciência pessoal do julgador? A partir da hermenêutica e da análise do caso concreto, identificar a resposta correta e constitucionalmente adequada para “aquele” caso (difícil ou não, se é que é possível falar neste tipo de caso).

No atual momento jurídico-constitucional (caracterizado, dentre outros aspectos, pela ampliação dos poderes do juiz²⁵³) “torna-se de palpitante atualidade as tentativas de eliminar da discricionariedade do juiz, o perigo de abuso e de arbítrio”.²⁵⁴ Nesse cenário, “o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura diferenciada, longe da postura absenteísta, própria do modelo

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 338.

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 339.

²⁵² JOAN PICÓ I JUNOY, *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex debet secundum allegata et probata no secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 39.

²⁵³ “Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se o Poder Judiciário (lato sensu, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais” STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156.

²⁵⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: 2008. p. 17.

liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”²⁵⁵. Todavia, é essencial esclarecer que, quando se fala de uma “função diferenciada” para o Poder Judiciário, não se esta propondo a simplista judicialização da política e das relações sociais, diferentemente, o que se exige é uma “intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões”²⁵⁶. E é esta ‘intervenção’ da justiça constitucional que demanda um controle hermenêutico²⁵⁷.

A existência da Constituição (no paradigma do Estado Democrático de Direito) exige a definição de deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. Assim, contemporaneamente, não resta dúvida de que, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível afirmar-se que não existem respostas prontas a respeito do sentido de determinada lei, razão por que, “nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio”.²⁵⁸ Nesse sentido, também os Tribunais Superiores (Supremas Cortes) devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas.²⁵⁹ Assim, “a decisão (resposta) estará adequada à Constituição na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.”²⁶⁰

Se no processo constituinte se optou por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza entre outros programas constitucionais, se deveria esperar que o Poder Executivo e o Legislativo

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 59.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 62.

²⁵⁷ Ou em outras palavras, “trata-se de evitar ativismos necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 544.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 545.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 546.

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 546-547.

cumprissem tais programas especificados na Constituição. Ocorre que, em muitos momentos, “as normas-programa da Lei Maior”²⁶¹ não estão sendo cumpridas. Por isso, na “falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”²⁶². O Poder Judiciário, nesta quadra, atuará num “sentido regulador”, controlando a legalidade constitucional, podendo, no limite, “ordenar a execução e determinadas medidas ao Executivo (medidas essas determinadas pelo direito), mas a execução em si sempre caberá ao Executivo”²⁶³. Há um espaço, todavia, que o Poder Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão (que, dentre outros aspectos, visa a um controle da atividade jurisdicional) é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; “um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristrocracia.”²⁶⁴

Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais (também aqui pode ser usado o princípio da proibição de retrocesso social). Dito de outro modo, “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”²⁶⁵

Nesse cenário, resta evidenciado que a defesa da democracia e dos direitos estabelecidos na Constituição não pode depender de uma “considerável

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 64.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 64.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 66.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 66.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 67.

margem de atuação”²⁶⁶ livre do juiz. Isso implica, evidentemente, na necessidade de se discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais.²⁶⁷ Nesta vereda, portanto, é que a necessidade de uma resposta adequada à Constituição tem um grau de abrangência que evita decisões discricionárias, solipsitas e arbitrárias. Nesse contexto, é possível afirmar que, ao mesmo tempo em que existe o dever fundamental de justificar e motivar as decisões judiciais, há também o direito fundamental à obtenção de decisões adequadas à Constituição²⁶⁸. Existe uma vinculação umbilical entre esse dever e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos (dever fundamental de motivação e direito fundamental à resposta adequada) reflete uma espécie de “blindagem”²⁶⁹, de uma proteção contra interpretações “deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”²⁷⁰.

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que se denomina de uma “fundamentação da fundamentação”²⁷¹, representada por uma profunda e irrenunciável aplicação do art. 93, inc. IX da Constituição da República²⁷². Há, desta forma, um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

²⁷⁰ “Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.

²⁷² “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (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.” BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição²⁷³. Esta resposta (decisão), “ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta”.²⁷⁴ O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que um assentamento de perspectiva democrática, por que inclusive, permite o controle das decisões judiciais, é um “produto filosófico, por que caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto”.²⁷⁵

Sendo assim, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta conformada à Constituição para cada caso, portanto, “uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo)”²⁷⁶, pode representar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se revela contrário ao modelo democrático de direito. O constitucionalismo contemporâneo, introduzido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, é incompatível com a possibilidade da existência de múltiplas escolas pelo juiz. A admissão de múltiplas escolhas (respostas) relaciona-se com o conceito positivista de regra, que “abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada”²⁷⁷, independentemente do mundo prático. Na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas apostam na discricionariedade judicial (com excessiva liberdade na atribuição de sentidos). Todavia, é essencial destacar-se que,

²⁷³ Quanto à necessidade de respostas adequadas à Constituição e à necessidade de controle das decisões, relevante a crítica apresentada por Alexandre Morais da Rosa: “[...] as decisões deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a internet propiciaram uma vitrine para decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. E a moda jurídica atende a interesses não ditos e muitas vezes obscenos. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autoreprodução. As edições dos mesmos livros trazem na capa ‘atualizado até o dia tal’ como se isto garantisse o atendimento das novas tendências ditadas pelas grandes Casas da Moda Jurídica (STF e STJ).” ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. *In*: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129-130.

²⁷⁴ “A decisão constitucionalmente adequada é aplicatio. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. *In*: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. *In*: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 171.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 363.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 364.

a pretexto de “superar o problema da arbitrariedade”, não se pode desonerar o juiz do dever (constitucional) de fundamentar²⁷⁸ as decisões (“fundamentação da fundamentação”). No campo jurídico, portanto, a resposta será correta “quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo”, “toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter ilimitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesas”.²⁷⁹

Não resta dúvidas de que o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais é o caminho constitucionalmente adequado para evitar-se a discricionariedade (e arbitrariedade, daí decorrente) positivista. A adoção de uma teoria de padrões decisórios calcada nesse compromisso constitucional é o caminho para que as decisões judiciais fundamentadas nos “precedentes” estejam eivadas de coerência, integridade e “consciência histórica”. A compreensão desse problema passa, pois, necessariamente por uma revolução do pensamento filosófico-jurídico, abandonando a ideia de que o direito está nas leis como a de que o direito é o que os juízes e os tribunais dizem²⁸⁰.

Em suma, a temática é complexa e as respostas (ou sua tentativa) é que poderão apontar para um modelo de padrões decisórios consentâneo com a crítica hermenêutica do direito, sempre levando em conta que, “em um modelo de Estado Democrático de Direito, toda e qualquer discussão a respeito de jurisdição e Poder Judiciário passa, necessariamente, pelo filtro da Constituição, que representa o pacto social que rege o povo que a subscreveu”²⁸¹. Em outras palavras, a jurisdição deve ser gerada a partir do próprio texto Constitucional (compromissário e dirigente), guardando harmonia com os princípios fundamentais nele consagrados, porquanto

²⁷⁸ Novamente pertinente a crítica de Alexandre Morais da Rosa: “Diálogo entre dois magistrados: ‘- Concordas com a decisão?’ ‘- Sim, se for do Supremo’. Responde o Juiz que decide conforme a moda. ‘- Mas e o conteúdo, você concorda?’ Pergunta o primeiro magistrado, ‘E precisa? A embalagem me satisfaz’. Para isso precisamos o opor a nossa recusa, procurando inserir a responsabilidade do sujeito, sempre, insistindo no se que passa no cotidiano. É preciso, assim, resgatar a enunciação e a compreensão autêntica, via Hermenêutica Filosófica”. ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. *In*: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. *In*: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 171.

²⁸⁰ MACEDO. Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 142.

²⁸¹ MACEDO. Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 278.

seu papel de administração da justiça no caso concreto só pode ser revelado à luz de tais preceitos.

Em todo o caso, é essencial que se compreenda corretamente a distinção entre texto e norma, a fim de que se utilize o “ferramental da hermenêutica para a aplicação do art. 927”²⁸² do CPC 2015, em conformidade com os princípios constitucionais, a fim de, especialmente, adequadamente fundamentar-se a decisão judicial e superar-se a “aplicação silogística da lei” desalinhada com a realidade do caso concreto.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.193.

3 DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA *COMMON LAW* DA *CIVIL LAW*: O CAMINHO PERCORRIDO PARA A CRIAÇÃO DE UMA TEORIA DE PADRÕES DECISÓRIOS

O capítulo em análise discorrerá a respeito das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, como forma de situar-se, jurídica, história e doutrinariamente a formação de uma teoria de padrões decisórios. Para esse efeito, realizar-se-á uma incursão acerca do conceito jurídico de *stare decisis* e da sua importância para os precedentes judiciais em países vinculados à tradição da *common law*.

Realizado esse estudo histórico, será implementada investigação científico-doutrinária a respeito das definições fundamentais a respeito da *ratio decidendi*, *obiter dictum*, precedente e efeito vinculante.

O caminho percorrido, nessa senda, permitirá estudar a formação de uma teoria de padrões decisórios, levando-se em conta a aproximação entre as tradições jurídicas da *common* e da *civil law* a partir dos conceitos jurídicos de precedente, distinção (*distinguish*) e superação (*overruling*) de padrões decisórios, muito especialmente, para que se possa sustentar a proposta de padrões decisórios vinculantes sob a perspectiva de um processo civil devidamente constitucionalizado.

3.1 *Common law*²⁸³ e *civil law*: contextualização entre as duas tradições jurídicas do ponto de vista do processo e do direito constitucional

Sabidamente, *common law* e *civil law* são tradições jurídicas²⁸⁴ que

²⁸³ Nesse particular, a pesquisa se permite a um breve comentário: a linguagem inglesa é original e insular com relação ao Direito. Enquanto nas línguas continentais principais a palavra da “Direito” proveio de categoria e partes do direito, do justo e do injusto (direito, droit, diritto), no inglês proveio da lei: *Law*. Nisso se manifesta a concepção jurídica rigorosamente empírica, fundada somente no direito positivo. A lei, como ponto de partida do conceito jurídico, naturalmente surpreende num país no qual o direito vigente não vive preponderantemente nas leis, e, sim, nas decisões judiciais. Nos primórdios do *case law*, talvez a palavra *law* tenha servido de ênfase ao postulado de que as decisões judiciais se equiparariam às leis reais quanto ao poder de vigência. RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Tradução: Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

²⁸⁴ Adota-se aqui a terminologia consagrada por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, segundo os quais, ao se tratar acerca das diferenças e similitudes da *common law* e da *civil law*, seria muito mais apropriado adotar a expressão “tradição jurídica”. Para estes, não é adequado chamar estas experiências de “sistemas jurídicos”, visto que, na acepção do termo, *sistema* é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes e que o mais adequado seria adotar a expressão “tradição jurídica”, a qual encerraria, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO

decorrem de circunstâncias históricas, políticas e culturais completamente distintas, as quais deram origem a institutos e conceitos jurídicos próprios do seu tempo, contexto jurídico e circunstâncias sociais e culturais ou, como José Cruz e Tucci sinala: “experiência jurídica da *common law* (direito casuístico) em contraposição à do sistema da *civil law*, de tradição romanística (direito codificado), cujas diferenças estruturais remontam à histórica jurídica, à teoria das fontes do direito, aos critérios de interpretação da lei e das decisões judiciais e às técnicas de raciocínio jurídico”²⁸⁵.

No plano ocidental, com efeito, existem dois modelos jurídicos amplamente difundidos e representados pelas tradições da *common law* e *civil law*, o primeiro próprio da formação do direito inglês e o segundo, originário no direito romano germânico²⁸⁶. Historicamente, o modelo da *civil law*, no qual se insere o ordenamento jurídico brasileiro, é baseado no primado da legislação como principal fonte do direito, ao passo que a *common law*, nasce das práticas sociais e dos costumes, sendo caracteristicamente empírica²⁸⁷, ou como enuncia René David, a *common law e seus precedentes passam a ser a própria condição de existência do direito inglês. A regra do direito da common law, menos abstrata que o direito da tradição romano-germânica (civil law), é uma regra que visa a dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.*²⁸⁸

Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 22-23.

²⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 10.

²⁸⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 17-19.

²⁸⁷ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz et al. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.292.

²⁸⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 19.

Enquanto a *common law* inglesa²⁸⁹ é descrita como uma experiência²⁹⁰ jurídica fragmentada, não codificada e ancorada profundamente na tradição (cuja principal fonte é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito)²⁹¹, a *civil law* carrega, a partir das bases da Revolução Francesa²⁹², dogmas e estruturas jurídicas diretamente vinculadas ao direito romano, na forma em que este foi compilado e codificado por Justiniano no século VI D.C²⁹³.

De comum, relevante destacar que ambas as tradições, muito embora utilizando caminhos e vertentes diferentes, vêm procurando, historicamente, criar um ambiente de *previsibilidade*²⁹⁴, seja através do precedente, seja através da lei. Nesse cenário, essencial observar que a busca pela previsibilidade foi o caminho escolhido para evitar-se a arbitrariedade e a insegurança²⁹⁵.

O *common law* inicia os seus primeiros passos no ano de 1066 (Século XI)²⁹⁶, “quando os normandos derrotam os defensores nativos em Hastings e

²⁸⁹ Embora se tenha presente que a *common law* seja uma tradição jurídica criada e desenvolvida a partir da experiência inglesa, relevante lembrar as lições de Merryman, para quem “como resultado da notável expansão e desenvolvimento do Império Britânico durante a era do colonialismo, a tradição da *common law* foi amplamente difundida. É a tradição legal que hoje está vigente na Grã-Bretanha, na Irlanda, nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 24). De outra parte, Marco Felix Jobim lembra que “a aplicação do direito inglês nas colônias dos Estados Unidos deu-se pelo julgamento do *Calvin’s case*, em 1608, quando restou decidido que o sistema jurídico em vigor na Inglaterra seria aquele que predominaria em suas colônias inglesas e, sendo os Estados Unidos formado por treze delas, o direito a ser aplicado seria o do *Common Law*, o que se dava por meio de cartas ou de estatutos da Coroa.” JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 43.

²⁹⁰ Na lição de Oliver Wendell Holmes, se extrai que na *common law* “a vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência”. HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Reprint. Originally published: Boston: Little, 1881. p. 1-23.

²⁹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 4.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 23.

²⁹³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 27.

²⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

²⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

²⁹⁶ “O período entre o ano de 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, é caracterizado como a época de formação da *common law*, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais”. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151.

conquistam a Inglaterra”²⁹⁷. Com efeito, entre os séculos X e XI, a Inglaterra era dividida em inúmeros distritos administrativos e povoada por castelos militares de defesa de terras, sendo que nestes distritos existiam as chamadas cortes judiciais (as *Hundred Courts* e as *County Courts*), constituídas por não profissionais que administravam a justiça de acordo com os costumes locais²⁹⁸. Ensina José Rogério Cruz e Tucci que durante muitos séculos, após a queda do império romano do ocidente, não havia diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive na Inglaterra, onde prevalecia o sistema de regras não escritas, observado na prática comercial rudimentar e nos tribunais locais²⁹⁹. A ruptura com esse passado ocorre a partir da evolução da sociedade europeia em geral e do direito em especial. O estudo sistemática do *Corpus Iuris Civilis*, entre os séculos XII e XIII suplantou a velha ordem jurídica, tendo na França e na Itália, além de Universidades, sido criados tribunais integrados por juristas profissionais³⁰⁰.

A expressão *common law* refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito marcadamente costumeiro, aplicado por jurisdições locais. Dessa forma, a expressão *common* designa um direito aplicado para todo reino, *cujos tribunais nascentes eram itinerantes*³⁰¹.

O direito que se aplicava, até então, era o direito dos povos germânicos (anglos, jutos e saxões), modelo jurídico que será imediatamente extirpado da Inglaterra após a conquista normanda³⁰². É nessa época, quando da conquista da Inglaterra pelos normandos, que Willian, o Conquistador, impõe a vitória na Batalha de Hastings e passa a deter o poder sobre a ilha que as principais reformas iniciam: estabeleceu-se o feudalismo; a organização e política fiscais foram desenvolvidas; à Igreja foi concedido poder e, ao mesmo tempo, foi retirada sua ingerência sobre o Estado, separando os Tribunais Canônicos dos estatais. Na mesma época, foi

²⁹⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 25.

²⁹⁸ CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 20.

²⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

³⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

³⁰¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: 2018. p. 40.

³⁰² CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979. v. 1, p. 491.

devidamente organizado o registro das terras (condado por condado, vila por vila), esclarecendo e sedimentando os direitos da coroa e os recursos tributários³⁰³.

O período da conquista normanda, com efeito, é, portanto, fundamental para o desenvolvimento da *common law* inglesa, na medida em que foi nessa tradição jurídica que o direito foi utilizado como instrumento de governo³⁰⁴. Esse período de consolidação normanda em território inglês, em meados do século XI, foi fundamental para a história do direito inglês: Guilherme I (1066-1087), Duque da Normandia, considera-se herdeiro dos saxões e, por isso, acolhe os seus costumes e suas decisões, conservando, das instituições saxônicas, todas aquelas que se prestado aos seus propósitos.³⁰⁵ Começa, entretanto, a ser verdadeiramente forjado “no reinado de Henrique II (1154-1189), impondo a jurisdição real aos casos civis e penais que, anteriormente, estavam nas mãos das jurisdições locais e feudais e não nas do rei”³⁰⁶. Com a conquista normanda, foi introduzida na Inglaterra, formas organizadas de governo e de direito administrativo. Além disso, conforme já referido, ocorreu a separação entre Estado e Igreja, tendo sido criado o conceito de que o Rei era o supremo senhor, *proprietário indireto* das terras feudais inglesas (princípio estabelecido pelo *Domesday Book*³⁰⁷. Em outras palavras: o desenvolvimento do *common law* na Inglaterra foi possível a partir da centralização da jurisdição nas mãos do rei³⁰⁸.

A construção do direito na Inglaterra é resultado, sobretudo, da “emissão dos *writs* ou ordens sumárias da Coroas para os *sheriffs*, representantes das coroas dos vilarejos e cidades”³⁰⁹. Os *writs* eram uma espécie de ordens invocadas por petição de algumas partes que reivindicavam perante o magistrado a existência de

³⁰³ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 48.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23.

³⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 152.

³⁰⁶ SILVA, Diogo Bacha. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 483-484.

³⁰⁷ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 109.

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23.

³⁰⁹ SILVA, Diogo Bacha. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 484.

um direito. A expressão *remedies procede rights*, nesse cenário, é também bastante definidora do desenvolvimento da *common law*.³¹⁰ Curial notar que na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta a preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios, muito especialmente, na obra de Bracton, onde se começa a delinear a importante de se ater, na decisão de casos similares, àqueles que já tinha sido anteriormente julgado³¹¹.

O direito inglês, como produto das Cortes Reais, pode ser visto como um conjunto de regras processuais e materiais, por isso mesmo bem distinto do direito francês, por exemplo, que tem caráter mais vocacionado à sistematização. Contudo, é necessário assinalar que o direito inglês era de acentuada feição processual, repleto de técnicas baseadas na preocupação de levar o processo à sua conclusão. Apresentando um modo de funcionamento formalista, no qual a cada *writ* correspondia a um processo, com exigência rigorosa do uso das palavras, a *common law* se apresentada como um conglomerado de processos próprios para assegurar, em alguns casos cada vez mais numerosos, a solução de litígios³¹².

Conforme leciona Tereza Arruda Alvim Wambier, a *common law* não é o mesma desde o início, muito embora a sua característica principal tenha sempre estado presente, quer seja, os *casos são tidos como fonte do direito (cases are seen as a source of law)*.³¹³ A designação *common*, contudo, vem do direito comum e diz respeito aos costumes gerais observados pelos ingleses³¹⁴. Ou, na observação de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud: *o direito inglês não é um direito de universidades, nem um direito dogmático, consiste em um direito de processualistas e práticos*.³¹⁵ Segundo essa lição, o *grande jurista* na Inglaterra é o juiz, oriundo da fileira dos práticos e não o professor de universidade, “até mesmo porque, outrora,

³¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211; BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição ocidental*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 546-547.

³¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.

³¹² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: 2018. p. 43.

³¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

³¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

somente uma minoria de juristas estudava nas universidades, nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário”.³¹⁶

É importante, contudo, observar aquilo que Lucas Buril de Macêdo chama de *plurivocidade* do termo *common law*: originalmente, *common law* nada mais é do que o direito comum a toda Inglaterra, em contraposição aos costumes locais, preservados pelos reis normandos após a conquista, mas que paulatinamente vão se enfraquecendo com a concentração da litigância dos tribunais reais³¹⁷. Nesse mesmo sentido é que se opõe o *common law* ao sistema de *equity*, ou justiça do chanceler, que a partir do século XIV fez-se muito presentes, caracterizada por fornecer remédios processuais estranhos aos rigores do *common law*, então bastante insuficiente e defeituoso. A dicotomia entre *common law* e *equity* possui uma função essencial na história do direito inglês e até o presente momento é considerada *summa divisio* dessa tradição, sendo incorporada naquela por reformas perpetradas na segunda metade do século XIX³¹⁸. No mesmo sentido, a *common law* também se opõe ao direito canônico. Ainda, de acordo com a lição de Lucas Buril de Macêdo, é possível opor a *common law* ao *statute law*: enquanto a *common law* é o direito reconhecido ou criado pelo judiciário (*judge-made law, case law*), o *statute law* seria o conjunto de normas emanado pelo legislador, como tratados internacionais, constituições federais e estaduais, leis ordinárias federais e estaduais³¹⁹.

O *common law*, essencial observar, não teve início com a adoção explícita da regra de que os precedentes seriam vinculantes. Tal entendimento acabou por se consolidar de maneira quase *imperceptível*, sobretudo, a partir do momento em que a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro em todas as partes do reino³²⁰. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes. No decorrer do desenvolvimento do direito inglês e com a necessária maturação da regra do *precedente*, estabeleceu-se a compreensão de que *não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a ratio decidendi, isto é, o princípio de direito*

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

³¹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 53.

³¹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 53.

³¹⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 53.

³²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

*contigo na sentença*³²¹. Seguindo a lição de José Rogério Cruz e Tucci: “Chief Justice Lord Mansfield, destacado magistrado da segunda metade do século XVIII, afirmou, em vários julgados que o direito da Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza.”³²²

Desse modo e por mais paradoxal que se possa parecer, verifica-se que a *doctrine of precedent* vem ancorada na teoria constitucional da separação dos poderes e na supremacia do Parlamento, tornando “heresia” qualquer tentativa de suplantá-la.³²³

Com efeito, o direito inglês, que é raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. Diversamente da *civil law*, a jurisprudência é, para a *common law* a mais importante e primária das fontes: o direito nasce, cresce e reproduz-se na jurisprudência³²⁴. Na *common law*, a jurisprudência que vincula recebe nomes mais característicos que expressam seu verdadeiro sentido. Assim, é comumente chamada de *case law* ou precedentes vinculantes ou ainda *doctrine of stare decisis*. Como fonte primária do direito que são, os precedentes obrigatórios vinculam as decisões posteriores, ou seja, a decisão de uma Corte de Justiça inglesa deve ser observada e aplicada aos casos concretos semelhantes³²⁵. A partir do século XII, uma série contínua de decisões em casos específicos passam a construir um sistema vasto e complexo de regras e princípios. Assim, tem-se o início da formação do direito comum inglês – no qual a legislação possui um papel secundário – que acaba por formar, mediante sua expansão, uma tradição original que funciona a partir de pressupostos, conceitos e métodos próprios e específicos.³²⁶

Nesse ponto, a respeito do chamado *case law*, imperiosa a menção da obra de Rupert Cross e J. W. Harris, para quem a natureza fortemente coercitiva da doutrina inglesa, em relação aos precedentes, provém das regras do precedente, que

³²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

³²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

³²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

³²⁴ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 135.

³²⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 135.

³²⁶ MACÉDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 51.

são regras surgidas na prática judicial e que tem sido desenhadas para tornar efetivo o postulado fundamental, segundo o qual o direito inglês se baseia principalmente no *case law*, o direito de origem jurisprudencial³²⁷. Por sua vez, o *case law* está constituído por regras e princípios estabelecidos e seguidos pelos juízes em suas decisões. Assim, um sistema jurídico baseado em um direito de origem jurisprudencial, o *case law*, o juiz que resolve um caso posterior deve ter em conta os casos anteriores já decididos³²⁸.

Diante de todo esse cenário, quando se fala em reconhecimento ao costume, remete-se, necessariamente, à ideia de *precedente* e não ao costume em si considerado, ou seja, independente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias³²⁹. O direito no *common law*, nas palavras de Thomas da Rosa Bustamante, há de ser buscado em um precedente que tenha resolvido um caso semelhante em termos relevantes ao que se coloca para o intérprete, ou seja, o direito há de ser normalmente encontrado em regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior e não em uma “máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação”³³⁰.

Ainda, segundo o mesmo autor, “a *ratio* para decidir não está em uma decisão tomada por ente externo à prática pragmática de observar casos/regularidades e decidir questões particulares, mas na autoridade da mesma pessoa que observa essas regularidades e deve impor *standards* ou padrões de comportamento para o caso concreto”.³³¹ Daí decorre que não existe uma distinção clara entre a criação e a aplicação do direito.

Nessa senda, a tradição da *common law* “reconhece dois elementos principais: o costume e a equidade”³³². Ou seja, aquilo que a sociedade considera como seu costume, acaba por orientar a natureza do direito no *common law*. Dada conduta que a sociedade considere errada pode caracterizar um ilícito, sem que,

³²⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 24.

³²⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 24.

³²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 4.

³³⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 4.

³³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 5.

³³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

necessariamente, isso tenha sido escrito ou codificado³³³. Refere ainda José Carlos Barbosa Moreira, que os ingleses resistiram com êxito à inundação (ou invasão) romanística no campo do direito, donde defluiu importante consequência para a história do direito: “a divisão da Europa, do ponto de vista jurídico, em duas porções distintas, uma que veio a aplicar a designação de *civil law*, óbvia reminiscência do *ius civile* romano, alçado à posição de supremacia sobre os direitos locais; e outra que, praticamente imune ao fenômeno, se tornou conhecida como *common law*”³³⁴. A dicotomia prevalece até os dias de hoje, ampliada mundo afora, de ambos os lados, mormente pela expansão colonial, que levaria a *civil law* às áreas conquistadas por latinos, holandeses e alemães, ao passo que a *common law* acompanhou a onda imperial britânica, firmando-se nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e, em boa medida, nas vastas regiões da África e da Ásia a que se espalhou o imperialismo inglês.³³⁵ De se registrar, contudo, que a Louisiana nos Estados Unidos e Québec no Canadá, permanecem apegadas à tradição francesa (*civil law*), muito especialmente no campo do direito privado.

Em estudo comumente citado na doutrina, René David (já antes citado nessa pesquisa) realizou valiosa reconstrução história do direito inglês em seu “*Grandes sistemas do direito contemporâneo*”. Nessa obra, o autor situa o nascimento da *common law* no início do milênio, mas propõe uma divisão histórica do direito inglês, dividida em 4 períodos distintos:

Podem conhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro, é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas ‘regras de equidade’. O quarto período, que começa em 1832 e continua até nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração (grifo nosso)³³⁶.

³³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

³³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série (A importação de modelos jurídicos)*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 257.

³³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série (A importação de modelos jurídicos)*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 257.

³³⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 284.

É evidente que essa classificação, embora importante é desatualizada e não faz referência às reformas ocorridas no direito inglês. Assim, antes que algum leitor apressado venha a questionar acerca do Código de Processo Civil inglês de 1998, recorre-se novamente à lição de José Carlos Barbosa Moreira, o qual, em seu *Temas de Processo Civil*, Sétima Série, fez constar importante artigo, já publicado em 1999, na Revista Genesis nº 13, na Revista de Direito Comparado nº 19 e na Revista de Direito Renovar nº 15, no qual noticiava as diferenças e similitudes do *Rules of Civil Procedure* inglês, publicado em 26 de abril de 1998. Nesse trabalho, José Carlos Barbosa Moreira refere que a adoção de regras de direito processual já era um anseio crescente na comunidade jurídica inglesa, todavia, ao tratar a estrutura do código, refere textualmente que

é quase irresistível a inclinação para pensar que a Inglaterra, com a adoção de código uno e abrangente, haja repudiado a tradição da *common law* e aderido à linhagem europeia continental. Transpôs-se, de fato, distância considerável; convém, no entanto, colocar uma surdina no anúncio desse deslocamento. É que a estrutura do *RCP* difere bastante daquela a que estamos afeitos no espaço jurídico romano-germânico (grifo nosso)³³⁷.

Prossegue o autor, explicando que “os códigos da nossa família costumam ter o texto dividido em livros, cada qual consagrado à disciplina de um ou mais tipos de processo. Antepõe-se aos livros específicos uma *parte geral*, onde se reúnem as disposições genericamente aplicáveis a quaisquer processos [...]. Pois, bem: a arquitetura do *RCP* não segue essas linhas. Estão as normas agrupadas em 51 partes, que não refletem divisões comuns dos códigos romano-germânicos. [...] É mister aludir, neste contexto, ao empenho do legislador em fixar terminologia uniforme e simples, compreensível por todos, ou quase todos. Transparece aí o propósito quase genérico de simplificação, que abarcou forma e conteúdo: dentre as mudanças substanciais que inspirou, vale a pena assinalar, a drástica redução do número de formas de instaurar o processo³³⁸.

De outro lado, a formação do direito na tradição romano-germânica, a *civil law*³³⁹, decorre, sobretudo da atividade científica exercida pelos professores nas

³³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série* (A importação de modelos jurídicos). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 180-181.

³³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série* (A importação de modelos jurídicos). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 182.

³³⁹ “Dentre as duas, a tradição da *civil law* é tanto mais antiga como mais amplamente difundida. A data comumente associada à sua origem é 450 A.C., a suposta publicação das Doze Tábuas em Roma.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma*

universidades europeias do Século XII³⁴⁰. Nesses lugares, era tarefa dos estudiosos realizar uma sistematização do direito romano, em especial da obra de Justiniano (*Corpus iuris civilis*)³⁴¹. Esse estudo e a análise do direito romano realizado nas universidades da Europa continental não eram dependentes da compreensão do sistema jurídico em que o intérprete estava incurso³⁴². Costuma-se afirmar que a tradição jurídica da *civil law* surgiu em 450 a.C, data da suposta publicação da Lei das XII Tábuas³⁴³ (*Lex duodecim tabularum*)³⁴⁴. A *civil law*, contudo, desenvolveu-se até suas modernas configurações a partir da compilação mandada fazer, no século VI d.C, pelo Imperador Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*.³⁴⁵ Aliás, conforme se infere dos estudos de Alexandre Freitas Câmara, a denominação *Corpus Juris Civilis*³⁴⁶ não existia originalmente, tendo sido utilizada pela primeira vez na edição de Dionísio Gotofredo, em 1583³⁴⁷. O *Corpus Iuris Civilis* é composto de quatro partes: Institutas, Digesto (ou Pandectas), Código e Novellas e foi a partir desta compilação que se formou a tradição jurídica daquilo que atualmente se designa como *civil law*. Nos países que se filiam a esta tradição é corrente afirmar-se que o direito romano é a suprema fonte do *direito civil*. Evidentemente, nos países que mantêm a tradição da *civil law* não se aplica o direito romano como era no período Justiniano. Nem mesmo

introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 23.

³⁴⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 203.

³⁴¹ SILVA, Diogo Bacha. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 482.

³⁴² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 203.

³⁴³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 25.

³⁴⁴ “A história da Lei das XII Tábuas é significativa não só pelo seu caráter inovador de ter sido escrita conjuntamente por patrícios (classe alta romana) e plebeus (classe baixa), como, e principalmente, por ter sido escrita. Com efeito, foi em meio a transformações e aspirações políticas dos plebeus que nasceu a Lei das XII Tábuas.” VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 29.

³⁴⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 25.

³⁴⁶ “O *Corpus Iuris Civilis* foi criação do imperador Justiniano, no século VI da nossa era. Justiniano, então imperador do Império Bizantino, estabeleceu uma comissão para codificar as leis do império – que seriam chamadas de Codex. As leis deveriam ser separadas por tópicos, em títulos e organizadas em ordem cronológica. O Codex foi publicado em 7 de abril de 529 A.D, mas não ficou muito tempo em vigor. Foi substituído em 29 de dezembro de 534 AD por outro Codex – que constituiu o primeiro dos quatro elementos do chamado *Corpus Iuris Civilis*”. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 30.

³⁴⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 26.

existe absoluta identidade entre os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, todavia, todos eles desenvolveram-se a partir do modelo romano justiniano³⁴⁸.

Relevante ressaltar, contudo, conforme aponta Alexandre Freitas Câmara, que para o desenvolvimento da *civil law* foi imprescindível a construção promovida por Savigny, de uma dogmática jurídica que serviu para estabelecer uma atualização do direito romano, levando à criação e manutenção de uma tradição que a rigor é artificial³⁴⁹ (no sentido de ser o resultado entre uma tensão entre a história e a dogmática). O direito romano, contudo, não é a única fonte dos modernos elementos conformadores da *civil law*, visto que também o direito canônico exerce relevante importância e influência, valendo nesse sentido transcrever-se os ensinamentos de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo: *os estudos do direito canônico era reunido ao estudo do direito civil nas universidades do mundo da civil law*³⁵⁰. O direito canônico, assim como direito civil romano, ajudou a formar o *jus commune* que foi subsequentemente recepcionado pelos estados europeus.

A *civil law*, como tradição insculpida pelo estudo e pela compreensão do direito romano, configurava um direito teórico e com as seguintes características próprias: (i). era um direito escrito e distinto das demais regiões europeias cujos sistemas jurídicos eram consuetudinários; (ii). era comum a todos os professores; (iii). era completo no sentido de que passou a estudar institutos desconhecidos da sociedade feudal; (iv). era mais evoluído na medida em que era elaborado com base em textos jurídicos que refletiam uma sociedade que exigia progresso econômico e social.³⁵¹ Essa tradição jurídica, segundo lição de Luiz Guilherme Marinoni é autônomo em relação à realidade social, devendo sua coerência apenas às instituições e normas que lhe dão conteúdo³⁵². Os casos podem ser respondidos mediante mera operação lógica de subsunção real e concreta a uma valoração hipotética contida num princípio doutrinário e implícito nos conceitos científicos. Nesses estão presentes princípios permanentemente válidos sobre a correção do direito, de forma que a aplicação lógica

³⁴⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 27.

³⁴⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28.

³⁵⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 34.

³⁵¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 204.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

do conceito e do princípio é suficiente para fazer chegar a uma decisão correta ou justa³⁵³. O sistema, segundo o mesmo autor, não é apenas fechado (autônomo e coerente), mas também goza de plenitude, a partir dos conceitos e conexões lógicas³⁵⁴.

Segundo infere da obra de Tereza Arruda Alvim Wambier, a intenção desses estudiosos, que iam a Bolonha, vindos de muitas partes da Europa, era de por ordem, criar segurança, gerando uma certa situação confortável de coerência, a ponto de se chegar a chamar o conjunto de textos encontrados de *Corpus Juris Civilis* – quando esse conjunto de textos, na verdade, nunca foi um código³⁵⁵.

Os textos eram analisados e interpretados por diversos métodos: gramatical, retórico e dialético, chegando-se, então, a um consenso por meio de um processo exegético complexo. A respeito dessa fase, refere Tereza Arruda Alvim Wambier, ter sido a origem da *jurisprudência* “como ciência do direito”³⁵⁶. Os elementos comuns de romanização do direito aparecem ao fim da idade média e até hoje influenciam os sistemas jurídicos, tal como o alemão, o francês, o italiano, entre outros. A *civil law* é hoje a tradição jurídica prevalente na Europa, em toda a América Latina, em muitas partes da Ásia e da África, e até mesmo em alguns locais tradicionalmente influenciados pela *common law*, como a Louisiana nos Estados Unidos e Quebec no Canadá³⁵⁷.

Dentre estes elementos caracterizadores, deve se destacar a função da regra do direito, abstrata e geral, extraída pela ciência jurídica do conjunto de casos concretos; a ideia de que o direito deve ser racionalizado de acordo com a concepção do que a sociedade entende por justiça e, principalmente, de um modelo de racionalidade jurídica que visa a resolver as controvérsias surgidas de casos

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

³⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

³⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

³⁵⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 23.

particulares a partir das regras gerais, que são fixadas pelo legislador ou pela dogmática jurídica³⁵⁸.

Assim, se um dos primeiros momentos de organização da *civil law* consistiu na sistematização das regras de direito romano, a partir do *Corpus iuris civilis*; tem-se como momento seguinte na formação dessa tradição jurídica, a Revolução Francesa³⁵⁹. Nesse momento histórico, concebeu-se a figura do juiz “como um ser inanimado, que seria a boca da lei”. Acreditava-se que, na lei, estaria contida a vontade do povo e que, sendo literalmente, respeitada, a vontade do povo também seria respeitada.³⁶⁰ Percebe-se, com efeito, nessa quadra da história, a clara intenção de, por métodos racionais, criar previsibilidade na aplicação do direito.

Contudo, curial observar que, nada obstante a romanização do direito levar a uma preponderância da lei enquanto fonte primária do direito, a caracterização do *civil law* como tradição jurídica não se faz exclusivamente pela ideia de que o ato do legislador seria a única das fontes³⁶¹.

Desse modo, a ideia minimalista de que o *civil law* seria um “direito legal” (que se coaduna à lei como fonte primordial do direito) e que o *common law* seria um “direito judicial” (tradição jurídica baseada em decisões judiciais e análise de casos concretos³⁶²), não é uma afirmação cientificamente capaz de ressaltar as diferenças havidas entre os dois sistemas, assim como as suas principais características conceituais³⁶³, a tal ponto que Merryman afirma textualmente: “o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro”³⁶⁴. Como parte integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições possuem múltiplos contatos e influências recíprocas.

³⁵⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 205.

³⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

³⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

³⁶¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 205.

³⁶² Retomando essa ideia, Lenio Streck assim se preleciona sobre o tema: “Ou seja, o *common law*, ao contrário do *civil law*, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judicial.” STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 42.

³⁶³ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 41-42.

³⁶⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 25.

Tecidas essas linhas mestras, conceituais, comparativas e, sobretudo, históricas, resta factível identificar-se a importância que a adoção de critérios para aplicação de padrões decisórios pode impactar no cenário jurídico processual pátrio. Com efeito, são notórias as influências que a *common law* e a *civil law* desempenham sobre o modelo jurídico constitucional e processual no direito brasileiro, muito especialmente, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse cenário, relevante ressaltar que, em 1891, a Constituição Brasileira recepcionou elevada dose do direito constitucional norte-americano³⁶⁵, portanto, incorporou elevadas doses do modelo jurídico amplamente afeito à tradição jurídica da *common law* norte-americana. Com efeito, dentre as tantas consequências dessa recepção jurídica, “faz-se referência à Constituição escrita e regida e à garantia da *judicial review* que dela naturalmente decorre no modelo norte-americano, ou seja, a garantia de adequação dos atos de poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto constitucional”³⁶⁶.

A verdade é que o constitucionalismo estadunidense é responsável pela origem da noção jurídica de que a Constituição é o documento jurídico essencial de um Estado. Foi nos Estados Unidos, entre 1764 e 1776, que se firmou uma concepção da Constituição que “representa um verdadeiro divisor de águas em relação ao pensamento constitucional pré-moderno”³⁶⁷. Nessa concepção, a Constituição não será mais entendida como um aglomerado de leis, costumes e tradições, mas será considerada um “esquema fundamental de governo, reconduzível a um corpo sistemático e escrito de normas”³⁶⁸, assumindo a norma constitucional um caráter normativo e não meramente descritivo.

Veja-se que foi durante o século XVIII que ocorreu a inserção, em território europeu, da ideia de Constituição como um “documento político limitador do poder público”³⁶⁹, até mesmo com uma das consequências da Revolução Francesa, mas

³⁶⁵ ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.

³⁶⁶ ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 12.

³⁶⁷ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264.

³⁶⁸ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

³⁶⁹ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

ainda sem a possibilidade de revisão judicial dos atos normativos³⁷⁰.

Por força da Revolução Francesa, com a queda do antigo regime, no qual o monarca representava a justiça divina, consolidou-se na Europa continental o sistema duplo de jurisdição: de um lado o contencioso cível e do outro o contencioso administrativo³⁷¹. No Brasil, contudo, não se fracionou a jurisdição. Desde a República, “ao estilo dos Estados Unidos da América do Norte”, conta-se com um único contencioso, ou seja, um sistema uno de jurisdição³⁷².

Contudo, é nos Estados Unidos em que a palavra *Constitution* é, pela primeira vez utilizada no seu significado moderno, e o poder da Constituição é posto claramente acima do poder do legislador ordinário³⁷³. A clareza da diferença entre leis ordinárias e leis constitucionais se perfila como uma das mudanças mais significativas em torno da elaboração do conceito de Constituição.

Atribuem-se ao constitucionalismo estadunidense os seguintes institutos: a criação das assembleias constituintes, a ratificação popular das Constituições, a positivação dos direitos fundamentais, a introdução de procedimentos para fazer emendas à Constituição e a introdução da *judicial review os legislation*.³⁷⁴

Nos dizeres de Stefano Maria Cicconetti e Anderson Vichinkeski Teixeira, em 1803, o controle difuso nasce pela primeira vez nos Estados Unidos da América com “a famosa sentença da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, na qual foi analisada a constitucionalidade de um ato normativo ordenado pelo secretário de Estado do presidente da República em cumprimento à ordem direta deste”³⁷⁵. No mesmo sentido, Nathalie Kuczura Nedel leciona que foi a partir de 1803, com o julgamento do caso *Marbury versus Madison* é que surgiu um mecanismo apto a efetivar a supremacia constitucional, limitando o poder de legislar³⁷⁶. Esse marco

³⁷⁰ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

³⁷¹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 30.

³⁷² ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 31.

³⁷³ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

³⁷⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

³⁷⁵ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

³⁷⁶ NEDEL, Nathalie Kuczura. *Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013. p. 29.

histórico representa verdadeira introdução do instituto da *judicial review os legislation* no modelo constitucional estadunidense, em sentença proferida pelo juiz John Marshall, que acabou por atribuir um poder de notável alcance³⁷⁷ à Suprema Corte Americana.

Dessa forma, a interpretação predominante da Constituição americana como modelo de “constituição-garantia” reconhece, desde início da história americana, uma função prioritária ao controle difuso de constitucionalidade na defesa dos direitos civis.

Nesse julgamento de 1803, o presidente da Suprema Corte Americana afirma que a Constituição “é um direito superior, supremo, imutável pelas vias ordinárias, caso contrário, estaria no mesmo nível da legislação ordinária, e, como qualquer outro ato, seria alterável quando qualquer legislatura desejasse fazê-lo”³⁷⁸. Efetivamente, é a partir deste histórico julgamento, que a Suprema Corte Americana possibilitou o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos de poder público (*judicial review*), oferecendo ao Poder Judiciário daquele país uma relevância ainda maior do que a originária do *common law* inglês³⁷⁹.

Tudo isso, com efeito, transpõe-se ao direito brasileiro, na medida em que resta evidente a influência americana na Constituição Republicana de 1891 e, por consequência, o controle de constitucionalidade das leis (controle difuso) e dos atos administrativos³⁸⁰.

A partir destes aportes, resta evidenciado que, em *terrae brasiliis*, vivencia-se o fortalecimento do uso de decisões judiciais passadas dos Tribunais (notadamente, dos Tribunais Superiores), como fundamento de decisões judiciais futuras, fenômeno que faz transparecer a existência de uma convergência ou mesmo aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*³⁸¹. Os julgados dos tribunais, em ligeira análise, devem passar a ser utilizados como fundamento jurídico

³⁷⁷ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 267.

³⁷⁸ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

³⁷⁹ ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 14.

³⁸⁰ ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

³⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 345.

fundamental (art. 489, §1º, inciso VI do Código de Processo Civil³⁸²) circunstância que revela a importância da análise do tema, sobretudo, para que se possam identificar marcos teóricos, doutrinários e científicos para uma correta adoção de critérios³⁸³ e uma teoria de padrões decisórios vinculantes.

3.2 Uma necessária incursão acerca do *stare decisis*, padrões decisórios e precedentes judiciais

Preambularmente a qualquer consideração que se possa fazer sobre o tema, reputa-se essencial esclarecer que tratar de *padrões decisórios* ou *precedentes* não é sinônimo de *stare decisis*³⁸⁴. Da mesma forma, não se deve confundir *common law* com *stare decisis*, sobretudo, porque, a *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento do *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem pressupor o regime do *stare decisis* e do *rule of precedente*³⁸⁵. Nas palavras de Bruno Augusto Sampaio Fuga, o *stare decisis* tem sustentação especialmente na igualdade, coerência e segurança jurídica³⁸⁶. A *common law* surgiu primeiro e, após, sobreveio o desenvolvimento do *stare decisis* para conferir segurança às relações jurídicas. É curial, portanto, observar que, “muito embora o direito jurisprudencial contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla

³⁸² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: §1º. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (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. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

³⁸³ Conforme se verificará nas linhas que se seguem, o Conselho Nacional de Justiça fez publicar a Recomendação nº 134 de 09 de setembro de 2022, a qual recomenda critérios para a adoção de um sistema de precedentes no direito. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

³⁸⁴ “De início, cumpre esclarecer que a doutrina dos precedentes, apesar de anterior, não é sinônima de *stare decisis*, [...]. Essa temática vem sendo deixada de lado nas discussões feitas em terras brasileiras. Confunde-se, cotidianamente, *stare decisis* com a doutrina dos precedentes”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 39.

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

³⁸⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 35.

daquele da antiguidade, e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*³⁸⁷.

Nada obstante, essencial anotar a posição de parte da doutrina que identifica *stare decisis* e *precedentes* como expressões sinônimas, conforme se infere, e.g., da obra de Gilberto Andreassa Júnior, o qual atesta expressamente entender os dois termos como de igual sentido³⁸⁸.

Com efeito, ainda que não se desconsidere daquele entendimento, os termos *stare decisis* e *precedentes* têm sido utilizados muitas vezes de maneira confusa e equivocada, como se possuíssem o mesmo sentido, contudo, é importante marcar: não se equivalem³⁸⁹ e não podem ser considerados sinônimos. Com relação ao tema, Júlio César Rossi é categórico ao afirmar: “É no common law, todavia, que surge a doutrina dos precedentes, a qual não se confunde com o *stare decisis*”³⁹⁰. Para o autor, o *stare decisis* é posterior à doutrina dos precedentes judiciais, surgida basicamente por meio de uma sistematização e catalogação das decisões, as quais se distinguem entre *holding* (ou *ratio decidendi*) e *dictum* (ou *obiter dictum*).³⁹¹ Na mesma toada, eventual identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos padrões decisórios ou tentativa de explicar a natureza do *common law* a partir do conceito de *stare decisis*, certamente carregará consigo um equívoco e insuficiência metodológica.

Dessa feita, o *stare decisis*, em verdade, “assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo especialmente voltado para as próprias cortes que estabelecem o precedente, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes com os casos atuais”³⁹². O *stare decisis* tem a pretensão de garantir as finalidades do precedente: previsibilidade, equidade,

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

³⁸⁸ “Antes de ingressar no tema em específico, duas premissas precisam estar destacadas: i) embora pequena parte da doutrina diferencie o termo *stare decisis* de *precedente*, no presente trabalho as nomenclaturas serão tratadas como sinônimo; ii) *common law* e *stare decisis* não se confundem” ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 79.

³⁸⁹ ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 313.

³⁹⁰ ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: 2015. p. 81.

³⁹¹ ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: 2015. p. 81.

³⁹² ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 313.

consistência e estabilidade³⁹³. Nesse viés, “pragmaticamente, a facilitação do trabalho dos tribunais também seja sentida em razão da evidente repetição de mesmas razões de julgados diversos”³⁹⁴. Portanto, incidentes como o de resolução repetitivas ou assunção de competência³⁹⁵ são verdadeiros aliados para que se possa apurar o *stare decisis* no sistema brasileiro. Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação de regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplista de um procedimento altamente complexo e que por séculos se estruturou no direito inglês. Em verdade, o tratamento jurídico dos precedentes já era conferido pelas *royal courts* da França e da Inglaterra e não se confundia com a doutrina do *stare decisis*.³⁹⁶

A doutrina do *stare decisis*, na sua acepção técnica, surge mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração ou construção (*holding*) do caso que consistia no precedente, que seria vinculante para os casos futuros e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela Corte – dispensáveis à decisão – e, desse modo, não eram vinculantes. Isso, exatamente, não seria uma doutrina de precedentes do ponto de vista técnico, uma vez que, esta veio muito depois, com a sistemática alusão aos casos anteriores desenvolvendo-se continuamente a diferenciação entre o que seria a *holding* (a vincular para casos futuramente julgados) e o *dictum* (razões utilizadas pela corte e que não eram fundamentais para o caso e, portanto, não possuíam efeito vinculante)³⁹⁷. Em igual sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga considera ser um equívoco *qualquer tentativa de explicar o common law pelo stare decisis*.³⁹⁸

Nas palavras de Rupert Cross e J. W. Harris, o conceito ortodoxo geralmente admitido para o *stare decisis* pode ser encontrado no brocardo *stare*

³⁹³ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 218.

³⁹⁴ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 218.

³⁹⁵ A respeito destes incidentes, aprofundar pesquisa em SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. *Recursos no processo civil: teoria geral, recursos em espécie e ações autônomas*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 40.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41.

³⁹⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 37.

rationibus decidendis (isto é: as razões de decidir de casos anteriores), sem embargo de em alguns casos se ter dado uma interpretação muito mais restrita e literal³⁹⁹. Ainda segundo os autores: “adicionalmente, es importante tener en cuenta que ele tribunal posterior no está vinculado por ninguma proposición jurídica formulada por el tribunal anterior em relación com el tratamiento de los hechos como relevantes o irrelevantes. Por supuesto, cada una de estas consideraciones es de crucial importancia para um tribunal que está obligado a seguir la ratio decidendi de um caso anterior.”⁴⁰⁰

O *stare decisis* constitui-se apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* dos tempos do seu surgimento ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento do cidadão inglês.⁴⁰¹ Nesse sentido, resgatam-se as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual o *common law* surgiu séculos antes de alguém se preocupar com o *stare decisis* e “funcionou muito bem como sistema de direitos sem os fundamentos e conceitos próprios”.⁴⁰²

Destarte, os precedentes judiciais identificam-se mais com o processo, seguido pelos tribunais como resultado do *stare decisis*, atingindo, de maneira igual, os tribunais e os julgadores de hierarquia inferior, os quais devem aplicar (de maneira vinculada) o conteúdo dos precedentes independentemente de suas razões⁴⁰³. Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, visto que essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo, estruturado no direito inglês e no direito americano, por longo período.⁴⁰⁴

Em semelhante visão, Ruy Alves Henriques Filho afirma que a conceituação de *stare decisis* é um tanto controversa dentro da doutrina da *common law*, salientando inclusive, que até se poderia pensar nos precedentes e na *stare decisis* como sinônimos, porém, mais acertadamente, é compreender o *stare decisis* como espécie do gênero precedente, tratando aquele da vinculatividade horizontal

³⁹⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 127.

⁴⁰⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 127.

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

⁴⁰³ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 40.

existente dentro do mesmo tribunal, enquanto o precedente refere-se à vinculatividade vertical entre tribunais e juízes monocráticos. Nada obstante, complementa o autor, a concepção mais admitida ao *stare decisis* refere-se ao poder vinculativo inserido no precedente, tanto no sentido horizontal quanto vertical, pelo que *stare decisis* consiste na força vde vincular atribuída ao precedente⁴⁰⁵. A respeito da verticalidade e horizontalidade na aplicação do *stare decisis*, Ruy Alves Henriques Filho, em recente obra publicada a respeito do tema, aduz que o *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores e o *stare decisis* horizontal estabelece que a corte siga seus próprios precedentes⁴⁰⁶. A explicação para o *stare decisis* vertical está em facilitar a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhor o processo de decisão judicial, uma vez que os juízes dos tribunais superiores são dotados de experiência e maior conhecimento sobre a judicatura. Na mesma linha, o *stare decisis* horizontal se fundamenta na própria integridade do sistema⁴⁰⁷.

A respeito das acepções vertical e horizontal dos padrões decisórios, socorre-se da lição de Guilherme Rizzo Amaral, o qual explicita que na dimensão vertical, “*tem-se o dever dos juízes e dos tribunais de respeitar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e os acórdãos do STF e do STJ em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*”⁴⁰⁸. Há também, com efeito, o dever de observância de enunciados de súmula vinculante (art. 927, inc. II do CPC) ou dos enunciados do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, inc. IV do CPC), assim como dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (art. 927, inc. III do CPC), todavia, nessas hipóteses legais, não se trata da observância de precedentes, mas sim de enunciados normativos, *sendo que diante destas decisões cumpre ao juiz*

⁴⁰⁵ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 217-218.

⁴⁰⁶ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 218.

⁴⁰⁷ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 219.

⁴⁰⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 262, p. 345-378, dez. 2016.

*decidir a mesma questão do mesmo modo que a decidiu o tribunal independentemente da ratio decidendi.*⁴⁰⁹

A dimensão *horizontal* (*stare decisis*), pode ser encontrada no inciso V do art. 927 do CPC, o qual estabelece o dever de juízes e tribunais observarem a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Observe-se aqui que se reconhece como padrão decisório vinculante as decisões de tribunais locais, devendo observá-los juízes e desembargadores a que estes tribunais estejam vinculados⁴¹⁰.

A doutrina do *stare decisis*, em sua conotação técnica, surge em momento posterior à doutrina dos precedentes e à própria *common law*, através de organização das decisões, que distinguia entre *holding* e *dictum*. A *holding*, conforme já mencionado antes, seria a construção do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros; já o *dictum* consistiria na fundamentação utilizada pela corte, dispensáveis à decisão e, desse modo, não eram vinculantes⁴¹¹.

Tratando sobre o tema, Aurélio Viana e Dierle Nunes referem que a regra do *stare decisis* baseia-se na ideia de que a decisão do tribunal deve ser fonte do direito e, por isso mesmo, deveria ser observada nos casos análogos do futuro⁴¹². Assim, dentro de uma análise mais estrutural, é mediante a utilização da doutrina do *stare decisis*, a partir de uma ideia de direito como integridade, que se garantirá segurança jurídica não apenas aos casos fáceis ou repetitivos, mas também aos casos complexos que envolvem questões de modalidade política da comunidade⁴¹³.

O termo *stare decisis* deriva do latim, que em sua forma original, estabelecia: *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, “mantenha-se aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci salienta que a moderna teoria do *stare decisis* informada pelo princípio do precedente (vertical) com força obrigatória externa para todas as cortes

⁴⁰⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 262, p. 345-378, dez. 2016.

⁴¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 262, p. 345-378, dez. 2016.

⁴¹¹ ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 509-510.

⁴¹² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: 2018. p. 103.

⁴¹³ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 219.

inferiores, veio inicialmente cogitada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na lição de Blackstone, escreveu:

o nosso sistema de Common law consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais, e com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quando desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência⁴¹⁴.

Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, essa regra deve ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares⁴¹⁵.

No mesmo sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga leciona que a doutrina do *stare decisis* é aquela na qual as decisões judiciais anteriores devem ser seguidas, quando os mesmos pontos surgirem novamente no litígio⁴¹⁶. O *stare decisis* surge então como meio para garantir a segurança jurídica, é um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade da *common law*. Assim como o *civil law* adotada uma sistemática, a *common law* adotou o *stare decisis* como meio para atenuar a menor racionalidade e a pouca previsibilidade⁴¹⁷.

O *stare decisis*, na experiência dos países do *common law*, realiza-se em dupla direção, segundo lição estampada por Rodolfo de Camargo Mancuso: “numa visão retrospectiva, reverencia o passado, ao extrair a *ratio decidendi* de certos julgados proeminentes, ao passo que, numa visão prospectiva, fornece paradigmas para decisão de casos futuros”⁴¹⁸. A técnica do *stare decisis* baseia-se em uma

⁴¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.

⁴¹⁵ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314.

⁴¹⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 38.

⁴¹⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 38.

⁴¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

concepção de direito como experiência desenvolvida por razão, e razão testada e desenvolvida pela experiência. É uma técnica de encontrar os fundamentos da decisão em experiência judicial registrada, dando estabilidade, exigindo adesão às decisões da mesma questão com o passado, permitindo o crescimento e mudança pela liberdade de escolha entre analogias concorrentes de igual autoridade quando surgem novas questões ou os antigos assumem novas formas. Nessa técnica, há uma distinção entre autoridade vinculativa e autoridade persuasiva⁴¹⁹. Nesse sentido, a regra do *stare decisis* faz com que os juízes raciocinem por analogia, pois o princípio de que os casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma envolve a extensão analógica da decisão em um caso anterior⁴²⁰.

A utilização do modelo de *stare decisis*, conforme descreve Hermes Zaneti Júnior, exige a presença simultânea de dois fatores:

a) sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada; b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros⁴²¹.

Em linhas gerais, segundo infere-se (em tradução livre) dos estudos de Neil Duxbury acerca dos precedentes no contexto da *common law*:

Esta é a doutrina do *stare decisis*, decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem novamente em litígios. Embora seja um erro pensar que os tribunais em jurisdições de *common law* nunca seguem precedentes, é justo dizer que o *stare decisis* é muito mais uma doutrina da *common law* - e de fato, veremos, uma doutrina moderna da *common law* - e os juristas continentais (Europa) tendem a pensar no precedente como um argumento persuasivo ao invés de uma autoridade legal. O ponto alto da discussão até agora tem sido que os tomadores de decisão muitas vezes se sentem obrigados a seguir precedentes. (grifo do autor).⁴²²

O modelo do *stare decisis*, com efeito, faz com que juízes da *common law* se sintam, mais do que vinculados, “mas obrigados a seguir precedentes”⁴²³. O *stare*

⁴¹⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 37.

⁴²⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 37.

⁴²¹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314.

⁴²² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 13.

⁴²³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 14.

decisis é meio de tornar o direito mais seguro, tornando relevantes elementos ligados à própria aplicação da norma e criando ônus argumentativos importantes para a construção racional das normas jurídicas, conforme leciona Lucas Buril de Macêdo, para quem, o respeito aos precedentes é uma forma fundamental de dar coerência ao direito⁴²⁴. Assim como a segurança, principal princípio na concretização do sistema de precedentes obrigatórios, seu valor é instrumental. O *stare decisis* é instrumento para tornar a segurança mais forte. Ainda se utilizando a lição de Lucas Buril de Macêdo: “retomando a analogia realizada, os precedentes obrigatórios seriam uma pedra de amolar, serve efetivamente – caso bem utilizada – para manter a faca bem afiada, e assim para que seja uma boa faca, mas não pode garantir que será utilizada para bons propósitos”⁴²⁵. Seguir precedentes não significa garantia da melhor aplicação ou da mais aplicação da norma mais justa possível.

Forçoso, portanto, concluir que o *stare decisis* reforça os valores essenciais do direito ligados à segurança jurídica, especialmente quanto à estabilidade e previsibilidade para os cidadãos, tornando mais seguro o modo de aplicação das normas jurídicas. Estes valores bem estabelecidos como integrantes do Estado de Direito fundamental a prática de seguir precedentes e, particularmente, de seguir linhas de decisões sedimentadas, sejam tais precedentes considerados meramente interpretativos, como nos países de *civil law*, ou construtivos, como na *common law*.⁴²⁶

Assim, muito embora o *stare decisis* não se confunda com a teoria dos precedentes, uma verdadeira teoria de precedentes somente é viável quando se pressupor a adequação aplicação da regra do *stare decisis*. Isso ocorre porque uma teoria de precedentes exige vinculação entre o que foi decidido no momento passado (precedente) e o que está sendo decidido no momento presente (caso atual).⁴²⁷

Resumidamente, utilizando-se novamente dos ensinamentos de Neil Duxbury, a atividade de aderir a precedentes não pode ser demonstrada como algo bom ou ruim; o fato é que pode ser um ou outro. Um precedente pode liberar ou restringir: saber que a ação que estou prestes a tomar foi tomada antes, poderia me

⁴²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 124.

⁴²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 124.

⁴²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 125.

⁴²⁷ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314.

encorajar (meu predecessor fez isso, então por que eu não deveria?) Ou poderia me inibir (como eu poderia combinar até o padrão estabelecido pelo meu antecessor?)⁴²⁸. A confiança nos precedentes muitas vezes auxiliará na assertividade de algum argumento ou mesmo na persuasão de outros. A adesão a um precedente não precisa ser uma estratégia conservadora: pode-se estar decidido a manter a fé no raciocínio radical de seus antepassados imediatos, por exemplo, em vez de decidir apoiar uma abordagem menos progressista de um problema. Normalmente, no entanto, seguir um precedente visa-se a contenção, em vez da criatividade⁴²⁹.

Ainda segundo a lição de Neil Duxbury, “se houver um ponto básico a ser enfatizado, é o de que precedentes chamam nossa atenção de várias maneiras”⁴³⁰ e que segundo a “doutrina do *stare decisis* (o brocardo é *stare decisis et non quieta movere* – Fique com as decisões anteriores e não mexa em assuntos resolvidos – em tradução livre), decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos assuntos surgirem em litígio”⁴³¹. Prossegue o autor:

ainda que seja um engano pensar que as cortes em jurisdições do *civil law* nunca sigam precedentes, é razoável dizer que o *stare decisis* é uma doutrina da *common law*, especificamente como veremos, da *common law* moderna e que os advogados de tradições romano-germânicas veem os precedentes como argumento persuasivo ao invés de vê-los como autoridade legal. (grifo do autor)⁴³².

O impulso da discussão nesse quadrante tem sido frequentemente que os decisores se sintam compelidos a seguir precedentes. O *stare decisis*, entretanto, ensina que os juízes da *common law* não se sintam compelidos, mas que estejam compelidos a seguir precedentes.

Para melhor ilustrar, trecho dos estudos de Tereza Arruda Alvim Wambier revela-se bastante esclarecedor:

os ingleses cultuam o sistema de precedentes vinculantes, e insistem, com imensa frequência, nos objetivos deste regime: gerar *uniformity, stability,*

⁴²⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 14.

⁴²⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 15.

⁴³⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 32.

⁴³¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 32.

⁴³² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 33.

consistency e predictability. Stare decisis et quieta no movere: conversam-se as decisões de casos passados. Este é o sentido da expressão. (grifo do autor)⁴³³

Com o advento do Código de Processo Civil Brasileiro em 2015⁴³⁴ fica perceptível que o legislador agiu no sentido de aproximar o direito brasileiro à tradição jurídica da *common law*, muito especialmente, ao exigir a fundamentação de decisões judiciais por meio de padrões decisórios vinculantes. Veja-se que existem dispositivos legais que expressamente fazem menção a conceitos tipicamente observados na *common law*, tais como integridade, coerência e estabilidade, conforme se observa do disposto no art. 926 do Código de Processo Civil⁴³⁵: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

No mesmo sentido é a determinação contida no art. 927 do Código de Processo Civil, segundo a qual: “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.”⁴³⁶, numa clara demonstração de que os juízes e os tribunais devem observar decisões que sejam dotadas de eficácia vinculante.

Tais dispositivos legais comprovam que os tribunais devem seguir seus próprios padrões decisórios, *stare decisis* horizontal (art. 926 do CPC), e os juízes e os tribunais a ele vinculados têm o dever de observar as decisões advindas das cortes superiores, conforme preconiza a ideia de *stare decisis* vertical (art. 927 do CPC)⁴³⁷. Essa, também é uma preocupação de Daniel Mitidiero, o qual afirma ser interessante

⁴³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 42.

⁴³⁴ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴³⁵ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴³⁶ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴³⁷ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 51.

observar que a regra do *stare decisis* entre nós não decorre necessariamente dos artigos 926 e 927 do CPC. Para o autor, a regra do *stare decisis* – em suas dimensões horizontal e vertical – decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica a partir não só da atuação de um *juge inanimé* ou de um juiz *oracle of the law*, mas levando-se em consideração a conjugação do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz⁴³⁸. A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízos obrigados a seguirem os próprios precedentes (horizontalidade), estando todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar – ou seja, aplicar – os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (verticalidade)⁴³⁹.

Ainda nas palavras de Daniel Mitidiero, isso quer dizer duas coisas:

Que a regra do *stare decisis* constitui uma norma que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma orde jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação. *Stare decisis*, *a similibus ad similia* e *treat like cases alike* são expressões que visam a promover um estado de coisas seguro – que de seu turno visa a viabilizar a autodeterminação pessoal e o tratamento isonômico. Nessa perspectiva, os arts. 926 e 927, CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista (do *juge inanimé*, dos juízes como *oracles of the law*) para uma perspectiva adscritivista da interpretação (em que se reconhece que os juízes concorrem para definição do significado do direito e que em certa medida – apenas em certa medida – há um *judge-made-law*) exige a alteração do referencial de segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a *dinâmica reconstrução* da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação. (grifo nosso).⁴⁴⁰

Essencial destacar, outrossim, que a noção de integridade e coerência expressamente referenciadas no art. 926 do CPC “liga-se umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin”⁴⁴¹, que apregoa que o intérprete deve analisar o Direito

⁴³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 82.

⁴³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 82.

⁴⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 82-82.

⁴⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 352.

como um romance em cadeia⁴⁴², atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual os capítulos passados devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência.

Nessa mesma linha, Guilherme Antunes da Cunha, ao tratar expressamente a doutrina do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin para a aplicação de padrões decisórios, traz valiosa contribuição ao indicar que coerência e integridade

são indispensáveis quase de trata de instaurar uma forma adequada de aplicação de padrões decisórios no Brasil, de modo a prevenir uma equivocada compreensão dos novos institutos provoque que as decisões judiciais, a pretexto de sua estabilidade e previsibilidade, passem a representar meras repetições acríticas e descontextualizadas de julgados pretéritos⁴⁴³.

Com efeito, não é aceitável que se utilizem julgados isolados como se representassem a completude do entendimento do tribunal. Com efeito, isso além de uma simplificação grosseira, revela profunda desconformidade com a correta e adequada aplicação do *stare decisis*. Prossegue Guilherme Antunes da Cunha em seus escritos, salientando que Dworkin ilustra a sua tese de integridade com a imagem de um romance em cadeia – conforme já referido alhures nessa pesquisa – assim “os precedentes ganham o status de indícios formais para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o Direito em sua integridade”⁴⁴⁴.

Com relação ao tema, Luiz Guilherme Marinoni enuncia que a ideia coerência do direito deve ser relacionada com o desenvolvimento da função jurisdicional, ou seja, como o Poder Judiciário não mais se limita a dizer o direito escrito por um legislador, “pois hoje é visto como seu colaborador para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de outorgar à sociedade um direito capaz de atender às necessidades sociais carentes de tutela”, não basta apenas atentar para a

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

⁴⁴³ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 169.

⁴⁴⁴ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 170.

compatibilidade da lei em face da ordem jurídica⁴⁴⁵. Corolário dessa constatação é a de que a coerência entre as decisões judiciais não só é fundamental à afirmação, à autoridade e a credibilidade do Judiciário, como é imprescindível ao próprio Estado Constitucional. Em países contemporâneos, “em que a adequada distribuição de justiça exige muitos juízes e diversos tribunais, é necessário que os casos, após a manifestação das Cortes Supremas, sejam solucionados mediante a mesma regra ou a mesma interpretação, sob pena de não se viver um Estado de Direito, mas sim num Estado de múltiplas e incoerentes opiniões de que se arroga no poder de afirmar o direito”⁴⁴⁶.

Esses apontamentos fazem concluir, com segurança, que o juiz não pode e não deve se comportar como mero *boca da lei*, repetindo ementas ou trechos já julgados, sem a necessária reconstrução do caso concreto, análise da coerência e integridade do direito. Conforme se extrai da lição de Ronald Dworkin, o juiz deve se colocar, ao mesmo tempo na posição de escritor e crítico de um romance em cadeia, escrito por diversas penas, mas com um objetivo comum: encontrar a solução mais adequada (resposta correta) ao caso colocado sob análise. Fica evidenciado, pois, que o artigo 489, §1º, inciso VI e o artigo 926 do Código de Processo Civil, antes referidos nessa pesquisa, implementam verdadeira e incontestável abertura metodológica para a aplicação da doutrina do romance em cadeia no sistema processual brasileiro, donde pode-se deduzir que para uma correta e adequada aplicação do *stare decicis* e dos padrões decisórios no Brasil é essencial a adoção do modelo *dworkiano* do romance em cadeia.

A respeito dos riscos da utilização aleatória e descontextualizada de padrões decisórios, importante levar-se em conta que a aplicação do *stare decicis*

não permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador (*confirmatio bias*), de acordo com as suas preferências, é preciso promover a reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self servisse* insano, ao gosto intérprete, que vivenciamos na atualidade.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168.

⁴⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 353.

Nessa senda, os padrões decisórios estabelecidos pelos tribunais não meramente reivindicam a atenção de outros tribunais, mas, na verdade, vinculam esses tribunais de forma a garantir coerência e integridade do sistema. Esta é a doutrina do *stare decisis*: decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem novamente em litígios.⁴⁴⁸

3.3 Padrões decisórios no código de processo civil brasileiro e alguns de seus conceitos fundamentais: *ratio decidendi*⁴⁴⁹ (*holding*), *obiter dictum*, precedente e vinculação

Compreendida a relevância do *stare decisis* para a formação de um adequado regime vinculante de *padrões decisórios*, resta essencial compreender as diferenças, relacionamento e contexto de aplicação da *ratio decidendi*⁴⁵⁰ e da *obiter dictum* no âmbito da *common law* e mais, especificamente, no direito processual civil pátrio. A questão é que, uma vez formado o padrão decisório, é necessário compreender o que nele terá, propriamente, potencial para ressoar com efeito vinculante. Dito de outra forma: é necessário identificar-se o que exatamente poderá ser aplicado aos casos futuros, em que o padrão decisório pode e deverá se fazer incidir.

Com efeito, a diferença entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* está centrada justamente na parcela obrigatória (*ratio decidendi*) de um padrão decisório (ou seja,

⁴⁴⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 15.

⁴⁴⁹ Expressão mais usual no direito britânico e que tem seu equivalente no direito americano como *holding*. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 270). No direito brasileiro, o termo é utilizado como *razões de decidir, motivos ou fundamentos determinantes*, conforme se infere, por exemplo, das obras de (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 248 e PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 246). Em igual quadrante, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade referem: “Diante da amplitude de fundamentação, tem-se como interessante a sugestão que identifica a *ratio decidendi* com os ‘motivos determinantes’ da decisão judicial, aqueles que se mostram imprescindíveis a tomada da decisão.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 89.

⁴⁵⁰ A expressão *ratio decidendi*, entendida resumidamente como as razões de decidir e sua eficácia vinculativa, foi originalmente utilizada por John Austin (AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. London: Forgotten Books, 2018). Conforme se observa dos estudos de Neil Buxbury, em meados do Século XIX, John Austin tornou pública sua *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, no qual explanava sua doutrina do poder vinculante do precedente, através da *ratio decidendi*. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 18.

aquilo que vincula) e a parcela não obrigatória (*obiter dictum*)⁴⁵¹. Nada obstante essa perspectiva – de diferenciação e nítida separação conceitual entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* – bastante difundida pela doutrina⁴⁵², importante anotar o entendimento de Thomas da Rosa Bustamente, para quem essa divisão não seria a mais adequada. Segundo seu entendimento, “devemos abandonar não apenas a tese de que há apenas uma *ratio decidendi*, mas também a afirmação de que a ratio é sempre absolutamente vinculante”⁴⁵³. Prossegue, Thomas da Rosa Bustamente que tal entendimento não seria razoável, muito especialmente, a partir daquilo que o autor chama de “decadência do Positivismo Jurídico”. Para ele, não parece correto que ou uma extra extraída da fundamentação de uma decisão é uma norma absolutamente vinculante, ou um mero *obiter dictum* que não tem qualquer autoridade.”⁴⁵⁴

Nada obstante, essa separação (divisão conceitual entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*) é de extrema relevância para compreensão daquilo que realmente terá poder vinculante, para fins de configuração do padrão decisório. Caso essa separação fosse realmente excluída, além de grave ofensa ao devido processo legal, se teria uma quantia quase ilimitada de produção de normas jurídicas pelo Judiciário, não necessariamente ligada aos fatos da demanda, o que teria enormes chances de tornar a aplicação dos padrões decisórios alto bastante confuso ou mesmo inexecutável⁴⁵⁵.

É neste contexto, que Neil Duxbury refere que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é essencial para a compreensão da doutrina do *stare decisis*⁴⁵⁶. Na mesma linha, ainda quanto à distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, numa tradução livre, extraem as seguintes impressões do autor:

⁴⁵¹ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 247.

⁴⁵² Apenas como referência, obras como: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021; CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018; MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: 2019; entre outros, lecionam a existência de limites conceituais e doutrinários a respeito da *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

⁴⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 258.

⁴⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 258.

⁴⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 247.

⁴⁵⁶ “A stronger formulation of this laas argument is that *stare decisis* will be undermined where the distinction between *ratio decidendi* and *obiter dicta* is blurred. [...] The logical conclusion of this argument is that the concept of the *ratio decidendi* has to be taken seriously because the ratio

Hoje é difícil imaginar que um advogado comum não esteja a par desta distinção – a distinção, isto é, entre a *ratio decidendi* do caso e seus *obiter dicta*. *Ratio decidendi* pode tanto significar ‘razão para a decisão’ quanto ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que o *ratio decidendi* de um caso seja a fundamentação jurídica. A fundamentação pode ser integral para a razão, mas a razão em si é mais que a fundamentação, e em muitos casos há fundamentação jurídica que constitui não parte do *ratio*, mas *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é literalmente um ‘dizer de passagem’. Em opiniões judiciais, mensagens que são *obiter* se apresentam de várias formas – elas podem ser desnecessárias para a decisão, ou desconectadas com os fatos do caso ou direcionadas a um ponto que nenhuma das partes procurou arguir – e podem ter sido formuladas pelo juiz com menos zelo ou seriedade do que seria o caso se a passagem fosse parte da razão da decisão. Juristas e juizes da *common law* ocasionalmente tentaram acumular distinções sobre a distinção básica entre *ratio* e *obiter* – arguindo que um caso pode conter um ‘holding’ que é mais vinculante que um *ratio decidendi*, e que pode haver ‘dicta judiciais’ que são menos vinculantes que *rationes decidendi*, mas mais vinculantes que qualquer *obiter dictum*. Mas é a distinção básica que perdura. Que ela deva ter feito não é surpresa alguma. Há, nós veremos, boas razões para distinguir *rationes decidendi* de *obiter dicta*. Mas antes de voltarmos nossa atenção a essas razões, devemos abordar vários outros assuntos. (grifo nosso).⁴⁵⁷

Nas tradições jurídicas da *civil law*, por não atribuírem eficácia vinculante ao padrão decisório, inexistente preocupação doutrinária quanto à definição da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. Nada obstante, a partir do momento que se adotada uma teoria para aplicação de padrões decisórios, torna-se decisivo identificar-se o que efetivamente é vinculante, tornando compulsória uma correta e adequada identificação e a separação e *ratio decidende* e *obiter dictum*. Efetiva e concretamente, “não é possível o funcionamento do *stare decisis* sem a identificação de qual elemento possui autoridade no precedente judicial”⁴⁵⁸. Assim, a razão de decidir é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão, de modo que a razão de decidir, certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra⁴⁵⁹.

Para esse efeito, contudo, é essencial “*excluir qualquer possibilidade de que o elemento vinculante do precedente esteja na parte dispositiva de uma decisão*”⁴⁶⁰. Em verdade, o adequado valor de um padrão decisório, seja qual ele for, não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas

decidendi triggers stare decisis”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 91.

⁴⁵⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 30-31.

⁴⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 248.

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 259.

⁴⁶⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 268.

para justificá-la⁴⁶¹. E nem poderia ser diferente: com efeito, a parte dispositiva de qualquer decisão judicial se aplica única e tão somente ao caso concreto. Ao analisar-se uma decisão judicial, sob o ponto de vista de criação de um padrão decisório, pouco importa saber quem saiu vencedor ou vencido no processo. O relevante é compreender-se os fundamentos que determinaram a conclusão a que ali se chegou⁴⁶². Nessa senda, *para se ter precedente ou para se pensar em ratio decidendi é necessário extrair-se as razões de decidir da fundamentação*, porque daí decorrerá a eficácia vinculante do padrão decisório.

Ao se debater a respeito da aplicação de padrões decisórios com eficácia vinculante, em verdade, quer se dizer, mais propriamente, sobre o dever de aplicar a sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica (*legal rule*) dele decorrente. A *ratio decidendi* deve ser compreendida como a norma criada pelo precedente⁴⁶³. A norma jurídica em que se constitui a *ratio* é sempre uma regra, pois embora possa também contemplar um princípio jurídico, “é indispensável que sua formulação consubstancie uma *regra jurídica* apta à resolução de uma questão jurídica ou de um caso”⁴⁶⁴. Costuma-se, pois, a definir a *ratio decidendi* como a parcela obrigatória do precedente judicial, sendo essa a razão pela qual é usual referir que *a única parte do precedente que é formalmente vinculante é a ratio decidendi ou holding*.⁴⁶⁵ Em outras palavras, o que contém a força vinculante é, na verdade, o princípio de direito desenvolvido na decisão, esse sim, chamado de *ratio decidendi* ou *holding*⁴⁶⁶. Em igual sentido, Juliana Carolina Frutuoso Bizarria refere que a *ratio decidendi* “seria uma proposição de direito, relacionada com as circunstâncias do caso, da qual a decisão decorre logicamente, ou seja, uma regra jurídica sem a qual o juiz teria decidido de modo diferente”⁴⁶⁷.

Aqui, importante aportar a explicação trazida por Hermes Zaneti Jr, o qual afirma que precedentes, na sua forma de conceber a temática, consiste no resultado

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 259.

⁴⁶² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 268.

⁴⁶³ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 93.

⁴⁶⁴ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 93.

⁴⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 248.

⁴⁶⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 125.

⁴⁶⁷ BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 70.

da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas⁴⁶⁸. Prossegue o autor: “no momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente”⁴⁶⁹. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente o caso-atual, razão pela qual não se confundem com jurisprudência, “pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão do tribunal a respeito da matéria”⁴⁷⁰.

De se salientar que nem tudo que é dito ou escrito pelo Juiz em sua decisão, efetivamente integra a *ratio decidendi*. Conforme a doutrina de Andréia Costa Vieira, uma decisão contém os seguintes elementos: (i). tudo aquilo que se retira da observação dos fatos narrados ou visualizados pelo magistrado; (ii). os princípios de direito aplicáveis ao fato em julgamento; (iii). o julgamento ou decisão (parte dispositiva) numa combinação dos primeiros elementos⁴⁷¹. Do ponto de vista das partes, o terceiro elemento é essencialmente o mais importante e esperado, para fins de resolução do litígio. Nada obstante, para fins de uma teoria de padrões decisórias, o segundo elemento é o mais relevante para a decisão, porque ali se assentam os motivos determinantes de eficácia vinculante, ou seja, ali está presente a *ratio decidendi* (ou *holding*).

Não por acaso, o art. 489, §1º, inciso V do Código de Processo Civil preconiza que não se considera fundamentado o pronunciamento judicial que se limita a invocar um padrão decisório *sem identificar seus fundamentos determinantes e nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*⁴⁷². Em igual sentido, a lei processual exige que os padrões decisórios resultantes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) sejam cadastrados em banco de dados mantidos pelos tribunais e pelo conselho Nacional de Justiça,

⁴⁶⁸ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 305.

⁴⁶⁹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306.

⁴⁷⁰ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 307.

⁴⁷¹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 125.

⁴⁷² BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

devendo tal registro conter os fundamentos determinantes da decisão, conforme redação do artigo 979 do Código de Processo Civil:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.⁴⁷³

Os padrões decisórios, os enunciados de súmula e a jurisprudência, com efeito, apenas fornecem programa normativo, que eventualmente poderá ser densificado no caso sob apreciação⁴⁷⁴. Resta imprescindível cotejar a *ratio decidendi* (*holding*)⁴⁷⁵, os fundamentos determinantes daqueles, a fim de averiguar sua aptidão para regular o caso sob análise. A propósito, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e o *obiter dictum*, ou seja, toda aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compressão da decisão e de seus motivos, não contribuem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.

Na lição de José Rogério Cruz e Tucci, com efeito, o precedente é composto de duas partes distintas: (i). as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e (ii). a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório⁴⁷⁶. Nesse cenário, a *ratio decidendi* corresponde ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão de casos futuros, assim, “sendo possível que qualquer decisão se configure como

⁴⁷³ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴⁷⁴ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 698.

⁴⁷⁵ A respeito da motivação da decisão judicial a partir da individuação da *ratio decidendi*, aprofundar estudo a partir de TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 202-229.

⁴⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

precedente, na tradição do *civil law*, o art. 927 do CPC/2015 busca delimitar decisões judiciais com características de precedentes, bem como efeitos vinculantes ou obrigatórios⁴⁷⁷.

Aqui, aliás, oportuna a análise feita por Hermes Zaneti Jr., o qual recomenda não confundir direito jurisprudencial e precedentes judiciais. Para o autor, “direito jurisprudencial é entendido como a repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo do fato”⁴⁷⁸. Já os precedentes judiciais, nas palavras do próprio, “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas⁴⁷⁹”.

Nesse espectro, aliás, importante trazer a valiosa lição de Niklas Luhmann, em artigo publicado na Revista *Ajuris* e traduzido por Vera Fradera e cujo título (“*A posição dos tribunais no sistema jurídico*”) faz verdadeiro convite à reflexão a respeito da posição dos tribunais, da jurisprudência e dos precedentes no direito brasileiro. Nesse artigo, Niklas Luhmann – a partir de sua conhecida teoria dos sistemas sociais – enuncia que:

O juiz permanece vinculado à lei – mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação das regras genericamente válidas.⁴⁸⁰

Seguindo, portanto, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o precedente é um elemento essencial para a autorreferência do sistema do direito, pois atribui *circularidade* e *reciprocidade* entre códigos e programas para fins de unidade do direito. Quando um juiz decide um caso com base em um precedente, está ao mesmo tempo produzindo e reproduzindo a unidade do sistema jurídico, enquanto símbolo circulante. O precedente é citado na decisão para justificar determinado

⁴⁷⁷ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 – STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 245.

⁴⁷⁸ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 304.

⁴⁷⁹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 304.

⁴⁸⁰ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, 1990. Texto traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profa. Vera Jacob de Fradera.

posicionamento, geralmente reconstitui-se o caso concreto para apresentar as razões de aproximações entre o caso já decidido e o caso a ser decidido⁴⁸¹.

O Poder Judiciário, nesta quadra, atuará num “sentido regulador”, controlando a legalidade constitucional, podendo, no limite, “ordenar a execução e determinadas medidas ao Executivo (medidas essas determinadas pelo direito), mas a execução em si sempre caberá ao Executivo”⁴⁸². Há um espaço, todavia, que o Poder Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão (que, dentre outros aspectos, visa a um controle da atividade jurisdicional) é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; “um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia.”⁴⁸³

Ao realizar aproximações, o tomador de decisões – juiz – delimita o âmbito em que recorrerá as razões do precedente, caso concreto já decido. Tal situação reforça um processo de argumentação que se baseia na identificação de razões e casos relevantes – *ratio decidendi* - e descarte de situações secundárias – *obiter dictum* – à decisão de novos casos.⁴⁸⁴ No final, tal processo contribui para manter um razoável grau de consistência entre as decisões e permitir a unidade do sistema por meio desta autorreferência.

O que a autorreferência assegura é o fechamento do sistema jurídico e, assim, sua validade é extraída dele mesmo. Isso não se confunde com a extrema variabilidade interna dos programas. Veja que o precedente não é óbice para a mudança de conteúdo dos programas, que são variáveis, afinal um juiz pode decidir um caso para superar ou diferenciar dos precedentes do tribunal. No nosso caso, o que se exige é a consistência na tomada de decisão com base nos precedentes⁴⁸⁵.

Neste modelo, uma das formas de controle de consistência do sistema é o respeito e a aplicação dos padrões decisórios. Ao decidir um caso novo, a autoridade

⁴⁸¹ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 116-130, 2015.

⁴⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 66.

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 66.

⁴⁸⁴ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 125, 2015.

⁴⁸⁵ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 125, 2015.

enfrenta um novo processo de tomada de decisão verificando se este é inédito ou não. A autoridade pode decidir de maneira diferente a partir do código ou generalizar por meio dos programas, inclusive a partir de uma decisão já realizada⁴⁸⁶.

Segundo Niklas Luhmann é esse traço que marca a argumentação jurídica, a tal ponto que refere que

o direito vigente é razão suficiente para que se decida no sentido do direito; o sentido literal do texto é indispensável; a interpretação virá a ser entendida como racionalização posterior do texto ou como cumprimento da premissa de que o próprio legislador tenha decidido racionalmente.⁴⁸⁷

Os precedentes cumprem um papel de autorreferência do sistema, qual seja, a consistência com base na referência a casos já decididos. Cada decisão pode indicar a tendência de produção das outras decisões, assim como o sistema utiliza essa função estabelecida por meio da reiteração de decisões, que asseguram a consistência. Mesmo as decisões administrativas estão contempladas nesta relação, na medida em que os julgados dos tribunais administrativos, que também estão no centro do sistema, são referências para outras decisões.

Nesse quadrante, como justificar a não aplicação do padrão decisório, caso o magistrado esteja enfrentando um caso semelhante já decidido outrora? Para a teorias sistema, não há como encontrar explicação, face das seguintes razões:

- i. Considerando que o juiz não pode deixar de decidir o caso concreto (*non liquet*), a autoridade precisa decidir para que não haja comprometimento do encerramento operativo do sistema;
- ii. Em face da consistência das decisões, o programa não possibilita que o juiz decida de maneira diversa, uma vez que pode repercutir negativamente na operação interna do sistema;
- iii. A partir da argumentação jurídica, pelo par redundância/variedade, é imprescindível recorrer a fórmulas de redundância para a argumentação.

Desta realidade, pois, decorre a própria força vinculante dos padrões decisórios, quer seja, da aplicação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Assim, o precedente cumpre a função de justificar outras decisões em situações de semelhança – opera como uma fórmula de redundância que possibilita a argumentação jurídica –, confirmando a autorreferência do sistema. Trata-se de uma

⁴⁸⁶ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 126, 2015.

⁴⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 453-454.

consistência exigida da atuação dos tribunais, que se encontram isolados cognitivamente e são obrigados a decidir conforme os programas condicionados⁴⁸⁸.

A parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi*. Com efeito, a busca da definição da *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que é dotado de eficácia vinculante, obrigando juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores⁴⁸⁹. Os americanos usam a expressão *holding*. A *holding* é a essência da regra (expressa ou implícita na decisão) necessária para explicar o resultado do julgamento. A expressão *ratio decidendi* também pode ser compreendida em sua dimensão *descritiva*, significando simplesmente uma explicação do raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos.⁴⁹⁰

Leciona Rafael Caselli Pereira que a *ratio decidendi* é configurada de duas maneiras diferentes: por um lado, como um critério estrutural da decisão e por outro, como a parte vinculante da decisão⁴⁹¹. A *ratio decidendi* seria como a norma empregada na justificação interna ou externa, de uma decisão judicial que é qualificada juridicamente relevante pela regra do *stare decisis*⁴⁹².

O precedente judicial⁴⁹³, ou seja, a *norma* extraída a partir da *ratio decidendi* de um caso concreto, capaz de ser generalizada e universalizada, sendo dotada de eficácia vinculante e persuasiva para os casos subsequentes, encontra-se localizado na fundamentação (obrigatória) da decisão judicial⁴⁹⁴. Na lição de Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, a *ratio decidendi* exprime o princípio de direito ou tese jurídica à luz da qual o caso concreto, objeto do processo foi realmente decidido e por isso

⁴⁸⁸ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 128, 2015.

⁴⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 222.

⁴⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 43.

⁴⁹¹ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 245.

⁴⁹² PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 246.

⁴⁹³ Aqui, toma-se o conceito de *precedente* apresentado por Karl Larenz, segundo o qual: “Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, foi já resolvida uma vez por tribunal, noutra caso. Vale como precedente [...] a resposta dada pelo tribunal no quadro da fundação da sentença.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 611.

⁴⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

sua elaboração deve ser permeada por maior cuidado e responsabilidade⁴⁹⁵. A *ratio decidendi* se coloca no centro da sustentação da decisão judicial, “presume-se que foi discutida e aprovada por todos os juízes integrantes do órgão decisório, enquanto o *obiter dictum* reflete uma espécie de ‘voo do pensamento’, tomado sem maior responsabilidade em relação à decisão do caso concreto”⁴⁹⁶. Assim, o valor do precedente propriamente tido só poderia ser adequadamente extraído da *ratio decidendi*, sendo que ao mero *obiter dictum* não se deve reconhecer outro valor senão aquele de uma simples opinião do julgador⁴⁹⁷.

Cada padrão decisório, dessa forma, terá uma *ratio decidendi*⁴⁹⁸, que configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em resumo, a *ratio decidendi* é a regra jurídica (norma) utilizada pelo magistrado para justificar a decisão do caso. Nada obstante, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que essa *ratio* está, umbilicalmente, ligada com a questão fática (caso concreto) que ela solucionou⁴⁹⁹. Nessa quadra, Neil MacCormick define *ratio decidendi* como

o julgamento expressa ou implicitamente proferido por um juiz, que seja suficiente para decidir uma questão de direito levantada pelos argumentos das partes em um caso concreto, questão essa necessária aos seus fundamentos para a decisão do referido caso⁵⁰⁰.

Ademais, conforme enuncia Marcelo Alves Dias de Souza, existem pelo menos cinco definições comuns para designar o que vem a ser a *ratio decidendi*: “a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz com base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada

⁴⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 90.

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 90.

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 92.

⁴⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

⁵⁰⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 153. Tendo assim conceituado a *ratio decidendi*, Neil MacCormick explicita que “*obiter dicta* são os argumentos sobre princípios legais, argumentos valorando fontes de direito ou avaliando as consequências da decisão e das alternativas decisórias conflitantes.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 153.

pelo juiz para a decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implícita dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso.⁵⁰¹”

A *ratio decidendi* (que é a tese jurídica ou interpretação da norma consagrada na decisão; e que não se confunde com a fundamentação, mas nela esta inserta), além de possuir a função de colocar-se como fundamento jurídico a solucionar os casos concretos no *common law*, possui o escopo de evitar arbitrariedades nas decisões dos magistrados⁵⁰². A *ratio decidendi* equivale à *rule*⁵⁰³. A *rule* é criada para casos futuros que chegarem ao judiciário. A *ratio decidendi*, na lição de Neil Duxbury, será tanto a razão da decisão, como a razão de decidir.⁵⁰⁴ É a partir dos fatos (caso concreto), ainda que complexos, que os ingleses extraem a *rule* e os americanos a *holding*. A *rule* e a *holding* são, sim, normas jurídicas⁵⁰⁵.

Em verdade, os fundamentos em si, não têm a sua importância condicionada à coisa julgada⁵⁰⁶. As razões de decidir, tem especial relevância na *common law*, tendo em vista que a decisão não diz respeito somente às partes e criam verdadeiro padrão decisório para casos futuros. A decisão tida como padrão decisória, interessa aos juízes, a quem incumbe dar coerência na aplicação do direito e aos jurisdicionados, que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas atividades. Os juízes e os jurisdicionados, nessa perspectiva, têm necessidade de compreender o significado dos precedentes⁵⁰⁷.

Em última análise, é na *ratio decidendi* onde se encontram os motivos ou fundamentos determinantes da decisão judicial. Somente ela tem a capacidade de adquirir força vinculante para casos futuros, situando-se, não somente na parte

⁵⁰¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 126.

⁵⁰² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47.

⁵⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 44.

⁵⁰⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 67.

⁵⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 221.

⁵⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 222.

dispositiva da sentença, mas também e principalmente, na fundamentação⁵⁰⁸. Em outras palavras, a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo⁵⁰⁹. Em igual sentido, Francisco Rosito faz o mesmo alerta ao indicar que “não se pode confundir *ratio decidendi* com o dispositivo da sentença ou do acórdão”⁵¹⁰.

Utilizando-se de apertada síntese, a *ratio decidendi* é a norma jurídica construída para o caso concreto, podendo ser tanto uma regra, como um princípio, devendo-se observar, todavia, “que haverá em cada precedente obrigatório, pelo menos uma *ratio* que constitui a norma-regra”⁵¹¹.

A fundamentação de cada decisão judicial passa a conter, assim, não apenas um discurso voltado para o caso concreto, mas também um discurso para a ordem jurídica e para a sociedade⁵¹², constituindo generalizações das razões adotadas como passo necessário e suficiente para decidir um caso ou as questões de um caso pelo julgador. Segundo Daniel Mitidiero, a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir de fundamentação da decisão judicial⁵¹³. Assim, “quando o recurso abre oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão”⁵¹⁴, ou seja, o julgamento de um caso não mais pode ser pensado com uma mera solução do caso concreto. São as razões de decidir, ou mais precisamente, as *razões determinantes* da solução do caso que assumem relevo quando se tem presente uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução de casos futuros⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 56.

⁵⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 223.

⁵¹⁰ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 108.

⁵¹¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 261.

⁵¹² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.

⁵¹³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20.

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20.

Nas palavras de Victor Vanconcelos Miranda, a *ratio decidendi* decorre da concepção daquilo que venha a ser precedente na *common law* e para tanto, aduz que o precedente pode partir de uma “dupla possibilidade de compreensão de seu significado:

- (i). *em sentido próprio*, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo – *ratio decidendi* – pode servir de diretriz para o julgamento posterior de casos análogos;
- (ii). *em sentido impróprio*, precedente quer significar a própria *norma jurídica* vinculante e aplicável aos casos subsequentes criadas pela decisão judicial (org.) (grifo nosso)⁵¹⁶.

Em sentido análogo, Rupert Cross e J. W. Harris identificam a *ratio decidendi* como norma de direito expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um elemento essencial para alcançar sua conclusão, considerando a linha de compreensão adotada pelo mesmo⁵¹⁷.

Há também a *obiter dicta* ou *gratis dicta*, termos que significam, literalmente, “o que foi dito para morrer” (quer seja, *para perder importância*). A *obiter dicta* tem função meramente persuasiva⁵¹⁸. *Obiter dictum* (no singular, ou *obiter dicta*, no plural, *dictum* ou ainda *gratis dicta*), conforme já dito, consistem no conjunto de argumentos expostos apenas “de passagem” na motivação da decisão, meros juízos acessórios, periféricos, provisórios, secundários, refletindo impressões que não têm influência relevante ou substancial para a solução do caso concreto⁵¹⁹.

A *obiter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da lide⁵²⁰. Nesse cenário, é de suma importância para o sistema de *stare decisis* delimitar-se precisamente os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a fim de que se possa revelar o padrão decisório (precedente) aplicável na solução de novos casos.

⁵¹⁶ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 86.

⁵¹⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 61-67.

⁵¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 44.

⁵¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 44.

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

Tal importância decorre da extrema valorização que o *common law* empresta aos fundamentos da decisão judicial. Como na tradição do *common law* importa verificar a parte do julgado que detém eficácia vinculante, há sim motivos suficientes para se investigar, com máxima acuidade, a fundamentação, separando de maneira clara a *ratio*, da *obiter dictum*, ou seja, o que realmente dá significado à decisão judicial, daquilo que não lhe diz respeito ou, mesmo, não é essencial.

De rigor, deve se deixar assentado que a *ratio decidendi* “ainda que conste nas razões essenciais para a decisão e tenha seu referencial normativo localizado na fundamentação da decisão, com aquela não se confunde”⁵²¹.

Em suma: a *ratio decidendi* não será jamais confundida com a fundamentação da decisão judicial. É que subsiste transcendência da *ratio decidendi* em relação à fundamentação. A força da norma do precedente não se consubstancia apenas na decisão, mas se estende a um comando que vai além dessa para regular casos futuros.

O que vincula, efetivamente, não é a fundamentação, mas a norma jurídica – *ratio decidendi* – construída a partir da fundamentação⁵²². Nesse viés, pela teoria preconizada por Rupert Cross e J. W. Harris, a norma do precedente consistirá em parte da norma revelada pelo precedente constante da fundamentação do tribunal, enquanto todo o resto constitui-se *obiter dictum*.⁵²³

Consequentemente, a *ratio decidendi* é a resolução específica a respeito de determina questão decidida em juízo, na qual estarão presentes três elementos:

- (i). a indicação dos fatos relevante (*statement of material facts*);
- (ii). o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*);
- (iii). o juízo decisório (*judgment*) (grifo nosso)⁵²⁴.

Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, “senão uma

⁵²¹ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 87.

⁵²² MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 88.

⁵²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 61-67.

⁵²⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107. Em igual sentido, leciona TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta”⁵²⁵. Trata-se, pois, da essência da tese jurídica suficiente para decidir um caso concreto (*rule of law*), sendo essa “regra de direito (e, jamais, de fato), que vincula os julgamentos futuros”⁵²⁶.

Quanto à expressão *obiter dictum*, esta representa a parte da decisão que na *common law* tem eficácia meramente persuasiva, inexistindo força vinculante, uma vez que não se refere ao objeto da demanda (pedido ou causa de pedir). Por essa razão, no contexto da fundamentação da decisão, a *obiter dictum* não constitui um elemento dotado de função justificativa autônoma. Nos dizeres de Francisco Rosito, “não corresponde ao conteúdo total dos debates, decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes dos autos, o que ratifica o seu caráter não essencial”⁵²⁷.

Sobre as *obiter dicta*, esclarece Neil Duxbury que estas se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que estão desconectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes visou a questionar⁵²⁸. Ainda sobre o conceito, Thomas da Rosa Bustamante empresta lição de clareza solar ao afirmar que:

[...] o conceito de *dictum* é definido *per exclusionem*: todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a ter. (grifo do autor).⁵²⁹

Em mesmo sentido, Michelle Taruffo enuncia que “a *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior”⁵³⁰.

Uma *obiter dictum* constitui-se um *dizer a propósito*, conforme lição de Bruno Augusto Sampaio Fuga⁵³¹. Em opiniões jurídicas, passagens que são *obiter* vem

⁵²⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 108.

⁵²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

⁵²⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 113.

⁵²⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 68.

⁵²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 276.

⁵³⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 129, set. 2011.

⁵³¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 64.

em várias formas: podem ser desnecessárias ao resultado ou não relacionados aos fatos do caso ou direcionadas a um ponto que nenhuma das partes procurou argumentar e “podem ter sido formuladas pelo juiz com menos cuidado ou seriedade do que teria sido o caso se a passagem fosse parte da razão da decisão⁵³². Nessa mesma perspectiva, entende-se ser possível distinguir entre diferentes tipos de *dictum*, notadamente, porque existe evidente contraste entre *dicta* que são irrelevantes para o caso e aquelas que dizem respeito a uma questão que possa ter relação ou venham a fazer parte da *ratio decidendi*.⁵³³

Para uma adequada compreensão a respeito do alcance da *obiter dictum*, relevante trazer-se à lume o conteúdo do Enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FFPC) que, muito embora não detenha eficácia normativa, revela como a doutrina tem acompanhado os principais temas de processo civil. Dispõe o referido enunciado que: “*Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (obiter dicta), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante*”⁵³⁴

No mesmo sentido, esquadrinha-se o Enunciado nº 319 do mesmo repositório do do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FFPC). Observe-se que, ainda que não haja a menção expressa no enunciado a respeito da *obiter dictum*, sua redação transparece evidente ao discorrer que: “*Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.*”⁵³⁵ Com efeito, esses fundamentos não adotados e não referendados não carregam eficácia vinculante e tampouco integram o precedente para fins conceituais, seja de aplicação, seja para fins de fundamentação da decisão.

Em termos classificatórios, *obiter dictum* pode ser classificado em duas espécies: (i) *obiter utiliter dictum*; e (ii) *obiter inutiliter dictum*. A primeira variante constitui algum enunciado normativo, interpretativo, qualificador ou argumentativo que, não exprime uma *ratio*, mas representa parte acessória da argumentação

⁵³² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 64.

⁵³³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 61-67.

⁵³⁴ ENUNCIADO nº 318. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁵³⁵ ENUNCIADO nº 319. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

jurídica, formulada para reforçar os fundamentos de uma decisão. A segunda variante não configura *ratio* e tampouco argumentação acessória, “caracterizando elementos desnecessários à decisão, como demonstração de erudição, transcrições doutrinárias etc”⁵³⁶.

Ainda que o *obiter dictum* exerça função meramente persuasiva no precedente, este não é de todo irrelevante para o sistema jurídico, já que pode servir, por exemplo, para indicar futura orientação do tribunal ou elemento de persuasão em posterior tentativa de superação do precedente. Também o voto vencido de um julgamento colegiado se caracteriza como *obiter dictum* daquele julgamento, sendo relevante para fundamentar eventual recurso subsequente.⁵³⁷

Em outras palavras: enquanto a *ratio decidendi* engloba as razões que levaram o juiz ou o tribunal a alcançar a solução para o caso, o *obiter dictum* possui força *pamprocessual*⁵³⁸, conforme expressão utilizada por Bruno Augusto Sampaio Fuga, e deve possuir grau de generalização em relação ao próprio caso julgado⁵³⁹. Para Gabriela Fonseca de Melo, ao tratar do *obiter dictum*, “existem determinadas questões que são irrelevantes ou periféricas, não havendo necessidade de serem examinadas para atingir o resultado de uma decisão, ou mesmo não têm sequer ligação com as arguições das partes”⁵⁴⁰, existindo, entretanto, situações em que um *obiter dictum* pode conter eficácia persuasiva, em decorrência do seu grau de relação com o caso em discussão⁵⁴¹.

Por fim, importante deixar assentado não ser adequado atrelar a *ratio decidendi* ao resultado do julgamento ou decisão judicial. É justamente pelo fato de ser possível a formação de um padrão decisório vinculante sobre questões que se torna irrelevante o resultado do conflito subjetivo das partes, para que se identifique a norma do precedente⁵⁴².

⁵³⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 113.

⁵³⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 174-175.

⁵³⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 63.

⁵³⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 63.

⁵⁴⁰ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 93.

⁵⁴¹ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 94.

⁵⁴² MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 93.

A *ratio decidendi*, conforme já expandido, será a norma criada pelo precedente⁵⁴³ e a norma do precedente sempre ensejar uma regra. Trata-se do estabelecimento de um modelo que constitui argumento suficiente para a tomada de decisão para casos futuros⁵⁴⁴ ou seja, a *ratio decidendi* é condição essencial para a formulação de uma regra jurídica apta à resolução de uma questão jurídica ou de um caso posto sob apreciação ou em discussão perante o Judiciário.

3.4 Digressões teóricas para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios: uma aproximação entre as tradições jurídicas da *common* e da *civil law* a partir dos conceitos jurídicos de precedente, distinção (*distinguish*⁵⁴⁵) e superação (*overruling*⁵⁴⁶) de padrões decisórios

Com efeito, a aplicação e a interpretação dos padrões decisórios – que parte da ideia de que a sua normatividade e vinculatividade residem na *ratio decidendi* – exige a realização de processos cognitivos para que se possa verificar a possibilidade de *aplicação*, *superação* ou a existência de circunstâncias que permita *distinguir* os casos sob análise⁵⁴⁷. Para esse efeito é essencial o uso de técnicas de formação, interpretação e aplicação dos padrões decisórios, “como por exemplo a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*”⁵⁴⁸. Trata-se, pois, de conformar a dimensão objetiva do precedente, quer

⁵⁴³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 145.

⁵⁴⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 261.

⁵⁴⁵ “O *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica no seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada – mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita, estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 470.

⁵⁴⁶ Também denominada técnica de *ab-rogação do precedente judicial*, para definir “os casos de afastamento de uma regra jurisprudencial”, conforme lição de Thomas da Rosa Bustamante. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 387.

⁵⁴⁷ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 62.

⁵⁴⁸ Relevante diante deste contexto, o alerta feito por Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, quanto ao “cuidado que se deve ter com a transposição acrítica de tais técnicas, sem levar em consideração as características próprias do sistema jurídico da *civil law* em estudo, como é o caso do brasileiro”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 86.

seja, identificar a aplicação e a eficácia do precedente, notadamente, quanto à sua coincidência com a *ratio decidendi* e que, muitas vezes, é encontrada, não na parte dispositiva da decisão, mas na própria fundamentação.

No que pertine ao conceito jurídico de *precedente* aqui se fazem quatro alertas: *primeiro*, conforme já é conhecimento, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 não conceituou o que é um precedente judicial, “tendo apenas, em algumas poucas oportunidades ao longo da lei, utilizado a palavra”⁵⁴⁹; *segundo*, sobre o que seria realmente um precedente, o Código de Processo Brasileiro de 2015 apresenta muitas confusões sobre o que seriam precedentes, súmulas e padrões decisórios (razão pela qual, no decorrer deste estudo, haverá capítulos específicos, visando a mitigar essas dificuldades de compreensão); *terceiro*, esse trabalho utilizará preferencialmente a expressão *padrões decisórios*, por se considerar mais amplo, adequado e juridicamente justificável, conforme as linhas seguintes demonstrarão; *quarto*, antes mesmo de se adentrar nas discussões trazidas pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, impõe-se uma definição, ainda que mais genérica, mas para se que possa situar a discussão. Assim sendo, considera-se *precedente* um caso decidido que fornece uma base para determinar ou decidir casos posteriores envolvendo fatos ou questões similares e que pode ser dividido entre *precedentes vinculantes* (que devem ser decididos por um tribunal) e *precedentes persuasivos* (os quais são aplicados em virtude das máximas de *respeito e consideração*)⁵⁵⁰ ou, como explica Hermes Zaneti Jr, “precedentes judiciais, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”⁵⁵¹, ou seja, trata da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a parti da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso-atual⁵⁵². Em outras palavras, mas buscando conceituar o instituto pela sua formação, o precedente está vinculado à criação de uma norma jurídica que servirá de solução de outros casos, deixando-se, claro, todavia, que,

⁵⁴⁹ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 53.

⁵⁵⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 175.

⁵⁵¹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306.

⁵⁵² ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 307.

embora, *toda decisão judicial gere um precedente, nem todo precedente será seguido como obrigatório*.⁵⁵³

Ao definir precedente, por exemplo, Michele Taruffo trouxe reflexão quanto à dificuldade de se diferenciar os conceitos de jurisprudência e precedente. Ainda que existam diferenças entre o instituto aplicável na *common law* (precedente) e a jurisprudência, de ampla e geral aplicação no direito brasileiro, de tradição claramente voltada à *civil law*, não é tarefa simples trazer marcos divisórios entre um e outro⁵⁵⁴. Segundo o autor: “tenho usado deliberadamente, por simplicidade, *precedente* e *jurisprudência* como se fossem sinônimos”⁵⁵⁵. Todavia, logo em seguida, arremata Michele Taruffo:

As coisas, porém, não são na verdade assim, ainda que neste sentido seja a linguagem corrente, na qual os significados dos dois termos não vêm normalmente distinguidos. Considero, contudo, que entre precedentes e jurisprudência existe uma nítida distinção, a respeito da qual procurarei esclarecer alguns aspectos. Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que, quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.⁵⁵⁶

Assim, compreendida, ainda que de maneira mais genérica a conceituação básica de precedente e sua importância na tradição jurídica da *common law*, é que releva importância a utilização das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*⁵⁵⁷, visto que é exatamente “na identificação das semelhanças, do princípio ou padrão estabelecido no precedente, a regra de relevância, que se permite a aplicação do

⁵⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 79.

⁵⁵⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 142, set. 2011.

⁵⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 142, set. 2011.

⁵⁵⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 143, set. 2011.

⁵⁵⁷ A respeito das definições de *distinguishing* e *overruling*, importante o alerta feito por Marco Félix Jobim, quando afirma: “Por fim, defende-se que a técnica da *distinguish* é uma forma de diferenciação de aplicação de precedentes e não de superação, a qual é feita por meio do *overruling*. Ambas não podem se estudadas conjuntamente, tendo em vista que partem de diferentes premissas para que sejam aplicadas de formas diferentes uma da outra.” (JOBIM, Marco Félix. A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 408-412, nov. 2014). Nesse mesmo estudo, aliás, o autor faz relevante exposição a respeito do conceito da *distinguishing*, a partir de vários conceitos doutrinários observados no cenário nacional e estrangeiro.

precedente”⁵⁵⁸. Esse processo de compreensão se realiza mediante aplicação e interpretação dos padrões decisórios. Nessa toada, deve se observar os institutos do *distinguishing* e do *overruling*, decorrentes da tradição da *common law* e umbilicalmente ligados com a fundamentação das decisões judiciais e com a doutrina do *stare decisis*⁵⁵⁹. Assim, uma vez demonstrada a existência de influência de uma decisão anterior em outro caso, no que tange à doutrina dos precedentes na *common law*, é necessário apurar as situações para aplicação, eventual não aplicação e superação do precedente.

Neste capítulo da pesquisa, num primeiro momento serão trazidos os aportes conceituais e legais do mecanismo da distinção (*distinguishing*) para, subsequentemente, trazer-se os elementos definidores e conformadores da superação (*overruling*) de padrões decisórios. Dentro desta perspectiva, de se avaliar se é ou não o caso de se aplicar o padrão decisório, a técnica da *distinção* revela-se como a forma mais adequada de se “estabelecer com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir”⁵⁶⁰. Deve-se, pois, haver diálogo constante entre os padrões decisórios, sobretudo, por força do disposto no art. 926 do CPC⁵⁶¹.

Nos dizeres de Daniel Mitidiero, é preciso ter presente que nenhum caso é absolutamente idêntico ao outro: no mínimo as partes – ou uma delas – e as datas dos eventos narrados são diferentes e, por essa razão, se exige propriamente identidade a fim de que o precedente seja aplicado mas tão somente *relevantes semelhanças e identidade essencial* entre os casos⁵⁶². Daí, porque, é essencial interpretar, comparar e fazer o correto e adequado cotejo entre os precedentes, do caso antecedente e sucessivo.

Conforme leciona Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira, “nenhum evento é exatamente igual ao outro”, assim, “para uma decisão ser um precedente para outra não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente

⁵⁵⁸ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 62.

⁵⁵⁹ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 133.

⁵⁶⁰ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 134.

⁵⁶¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵⁶² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

idênticos”⁵⁶³. Referem os autores, a propósito do tema, a teoria da *força gravitacional do precedente* de Ronald Dworkin, em que os fundamentos determinantes para determinado caso são passíveis de serem estendidos a outro caso⁵⁶⁴. Segundo a teoria da força gravitacional do precedente, a utilização dos precedentes “pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”⁵⁶⁵. Com efeito, um precedente “é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro”⁵⁶⁶. Em igual sentido, Guilherme Antunes da Cunha explica que pela força gravitacional dos precedentes, diante de um caso concreto ao qual podem ser aplicados os fundamentos determinantes de um padrão decisório anteriormente estabelecido, o juiz ou tribunal deve verificar se as circunstâncias que levaram à formação do padrão decisório formado estão ou não presentes no posterior processo em julgando⁵⁶⁷. Não estando presentes, indica o autor, “torna-se imperioso distinguir os casos e, assim negar a aplicação do padrão decisório”⁵⁶⁸.

Sobre o tema, Júlio Cesar Rossi explica que para Ronald Dworkin deixa claro que a decisão anterior exerce uma *força gravitacional* sobre as decisões anteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular⁵⁶⁹. Nesse particular, os juízes devem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem para a formulação de regras novas. Em verdade, segundo o autor, “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considera estar a plena força do precedente em sua força de promulgação, tal qual a lei.”⁵⁷⁰ A força gravitacional de um precedente, portanto, pode ser explicada por apelo, não à sabedoria da implementação

⁵⁶³ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 63.

⁵⁶⁴ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 63.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 176.

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 176.

⁵⁶⁷ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 134.

⁵⁶⁸ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 134.

⁵⁶⁹ ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129-130.

⁵⁷⁰ ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129.

e leis editadas, mas à equidade, isonomia e a tão decantada segurança jurídica, que estão em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.”⁵⁷¹ Nas palavras de Rupert Cross e J. W. Harris: “todos os tribunais estão obrigados a seguir e aplicar os precedentes emanados de qualquer dos tribunais que lhes sejam superiores” e “todos aqueles tribunais que tenham competência para resolver recursos de apelação estão obrigados a seguir seus próprios precedentes”.⁵⁷²

Havendo identificação entre os fatos essenciais de um padrão decisório com o caso sob julgamento, deve se aplicar a regra consubstanciada na *ratio decidendi* do caso precedente⁵⁷³. Nada obstante, quando não existir essa identificação entre o caso sob julgamento e o caso precedente, não haverá como aplicar-se o mesmo padrão decisório. Essencialmente, se está a tratar da distinção do precedente (o *distinguishing* da tradição da *common law*), a qual relaciona-se com a argumentação de que os fatos relevantes do precedente não são aplicáveis aos fatos do caso em julgamento em virtude de suas especificações, “desautorizando a incidência da norma do precedente”.⁵⁷⁴ Segundo a lição de Thomas da Rosa Bustamante, o *distinguish* pode se manifestar de duas maneiras: (i). por meio do reconhecimento de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada – justificada por circunstâncias especiais do caso sob análise; ou (ii). pelo estabelecimento de uma exceção indireta (*indirect exception* ou *circumvention*). Nesse caso, também chamado de *fact-adjusting* – os fatos do caso presente são reclassificados como algo diferente, evitando a aplicação do respectivo precedente judicial⁵⁷⁵.

É intuitivo que, para aplicar *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que origina a *ratio* com o caso que será julgado, “analisando-se as suas circunstâncias fáticas”, ou seja, realizando procedimento de “diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes⁵⁷⁶. O *distinguishing*, com efeito, não altera o conteúdo do

⁵⁷¹ ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129.

⁵⁷² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 27.

⁵⁷³ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 238.

⁵⁷⁴ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 238.

⁵⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 470-471.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326.

precedente, mas apenas esclarece que há outro precedente a ser seguido para o caso posto em questão⁵⁷⁷. Não se trata, portanto, de dizer que o precedente é errado, mas apenas inaplicável ao caso sob exame. Trata-se de uma *decisão de não aplicabilidade do precedente*⁵⁷⁸, compreendendo o *distinguishing* em um processo argumentativo para estabelecer a *ratio decidendi* de um caso.

A distinção, nessa quadra, é uma das principais formas de se operar com padrões decisórios. Assim como os juristas, utilizam-se a argumentação ou da analogia para “afastar ou atrair o reconhecimento da incidência”⁵⁷⁹ de uma norma no caso concreto, o *distinguishing* é “a forma e evitar ou trazer a aplicação de um precedente no caso subsequente”⁵⁸⁰. Sinala-se, contudo, que o *distinguishing* não pode ser utilizado de maneira assoada ou irracional, exigindo ampla discussão e investigação dos casos em discussão, seja como forma de garantir-se coerência e integridade ao sistema, sejam como forma de implementar-se uma adequada forma de aplicação dos padrões decisórios vinculantes. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e partir de critérios”⁵⁸¹. Nessa senda, fazer distinção “está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm”⁵⁸².

A partir destes aportes, é possível, pois, que a teoria da distinção, seja um dos aspectos mais relevantes do sistema de precedentes da *common law*. Por esse mecanismo, um juiz pode deixar de observar a força vinculante de um determinado precedente, caso conclua que a situação em análise é distinta de todos os outros anteriormente julgados⁵⁸³. Dessa forma, um caso pode ser considerado distinto de outro de acordo com os fatos narrados, uma vez que a *ratio decidendi* de um caso é, por definição, baseada em seus fatos materiais. Uma corte pode, nesse sentido, considerar os fatos de um determinado caso, materialmente diferentes dos fatos de

⁵⁷⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 78.

⁵⁷⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 78.

⁵⁷⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 284.

⁵⁸⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 284.

⁵⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

⁵⁸³ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 126.

um precedente citado⁵⁸⁴. A teoria da distinção é considerada, por isso, o fato mais importante de flexibilização dos precedentes.⁵⁸⁵

A distinção consiste na atividade de fazer diferenciações entre um caso e outro⁵⁸⁶. Nas palavras de Neil Duxbury, em tradução livre:

Distinção é o que juízes fazem quando distinguem entre um caso e outro. A questão pode parecer óbvia, mas merece ser elucidada porque nós distinguimos tanto dentro de quanto entre casos. Distinguir dentro de um caso é primariamente uma questão de diferenciar o *ratio decidendi* dos *obiter dicta* – separar os fatos materialmente relevantes daqueles irrelevantes a uma decisão. A distinção entre casos é antes de mais nada uma questão de demonstrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o presente – de mostrar que o *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em tela. Uma vez que dois casos nunca são exatamente iguais, a distinção sempre é possível em um ou outro nível, ainda que *rationes* amplamente formuladas são propensas a ser menos facilmente distinguíveis que aquelas que tem uma gama menos ampla de aplicação. As consequências da distinção podem variar de acordo com o ramo do direito: em algumas áreas do direito, por exemplo, um conjunto de precedentes consistentes e amplamente pacificados ou uma decisão consolidada e vista como um ponto de referência (um super-precedente, adotando a terminologia americana) pode induzir um grau bastante alto de fiabilidade por parte de futuros litigantes, e então distinguir nestas áreas pode causar mais descontentamento do que faria em áreas em que a decisão de litigar seja menos influenciada pela previsibilidade de resultados. (grifo do autor)⁵⁸⁷.

Trata-se, pois, da técnica utilizada pela *common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o padrão decisório, razão pela qual este não deve ser aplicado, ou seja, não deve ser utilizado para o caso futuro. Com efeito, se parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam o julgamento em caminho distinto do próprio precedente. Em suma “fatos diversos requerem julgamento diferenciado”, conforme ensinamento de Francisco Rosito⁵⁸⁸. Em poucas palavras: uma das formas de rejeitar a aplicação de um precedente no caso concreto é a utilização da técnica do *distinguishing*. O exercício da distinção é uma atividade comum no uso dos precedentes: para se verificar se é possível a utilização de determinado padrão decisório, devem ser feitas

⁵⁸⁴ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 127.

⁵⁸⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007.

⁵⁸⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 113-114.

⁵⁸⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 113.

⁵⁸⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 300.

comparações⁵⁸⁹ com o caso antecedente e o caso a se julgar⁵⁹⁰. Nesse sentido, ademais, valiosíssima a contribuição de Daniel Mitidiero, o qual explica que “é a partir das alegações das partes – que podem ser estimuladas em termos de precisão pelo órgão jurisdicional – que se deve empreender a comparação entre os casos”⁵⁹¹. Assim, se os casos são suficientemente similares, aplica-se o respectivo padrão decisório invocado e, caso contrário, deve ser realizado o exercício da *distinção*, conforme enunciam os artigos 489, §1º, inciso VI; artigo 927, §1º e artigo 1.037, §9º do CPC⁵⁹².

A respeito da força do *distinguishing* relevante transcrever o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FFPC, segundo o qual: “(art. 489, § 1º, VI). *O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.*”⁵⁹³ Dessa forma, correta a afirmação de Rafael Caselli Pereira, quando aduz que o mais forte requisito de aplicação da distinção é a insuficiência de similaridade (divergência) fático-jurídica entre os casos confrontados⁵⁹⁴.

O *distinguishing*, nessa senda, qualifica-se como uma das modalidades de rupturas (*departures*), e tanto maior será sua importância (e necessidade) no ordenamento jurídico de determinado país quanto maior for a autoridade conferida ao direito jurisprudencial; caso contrário, menor será o espaço normativo em que poderão transitar os sujeitos processuais na construção da resposta correta a ser dada ao caso em exame⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹ Nas palavras de Dierle Nunes e André Frederico Horta, “raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações”. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivum, 2015. p. 310.

⁵⁹⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 141.

⁵⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

⁵⁹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

⁵⁹³ ENUNCIADO nº 306. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FFPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁵⁹⁴ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 316.

⁵⁹⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivum, 2015. p. 308.

Por consequência, a técnica da diferenciação (distinção ou *distinguishing*) não equivale a superar um precedente, mas, como já se disse antes, demonstrar que os motivos determinantes do precedente não se aplicam ao caso presente⁵⁹⁶, “tendo em vista que inexistente adequação material” ou ainda “o *distinguishing* equivaleria à clássica regra de interpretação de que a *lex specialis* não revoga ou afasta a incidência da regra geral”⁵⁹⁷. A adoção do *distinguishing* constitui numa forma que o sistema adota para manter a coerência de suas decisões e, ao mesmo tempo, justificar a não aplicação de determinado precedente, Trata-se de ferramenta pragmática de aplicação do direito ao caso concreto, “sendo marca registrada do sistema de precedentes, na medida em que ou são seguidos ou são distinguidos”⁵⁹⁸.

Assim, o afastamento de determinado precedente em um caso não significa a sua revogação e tampouco que deve ser revista sua forma de tratamento. Na verdade, o mecanismo da distinção significa “que o precedente invocado não trata de modo coerente a questão fática não de fundo que se pretende tutelar”⁵⁹⁹. E, exatamente pela circunstância de que o *distinguishing* depende de prévia justificação, há que se ter uma pauta racional uniforme na identificação de seus critérios. Dito de outra forma: deve se uniformizar a aplicação dos próprios critérios para realização do *distinguishing*, criando-se aí também a obrigação de se respeitarem decisões passadas⁶⁰⁰.

Destaca-se, contudo, que a distinção pode ser realizada tanto pelo julgador que cria o precedente, como pelo órgão jurisdicional subordinado. A rigor, a distinção tem o poder de restringir e não estender o alcance da *ratio decidendi* do precedente. A finalidade da distinção, com efeito, é “especializar a norma concreta do precedente, ao serem apresentados novos elementos fáticos, criando uma nova orientação e

⁵⁹⁶ Ou como exposto por Ruy Alves Henriques Filho: “Ao contrário do *overruling*, o *distinguishing* não revela qualquer fraqueza do precedente, ou sua necessidade de revogação mas, sim, sua inaplicabilidade perante o caso concreto, diante dos fatos apresentados.” HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 291.

⁵⁹⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 300.

⁵⁹⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 301.

⁵⁹⁹ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 291.

⁶⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

preservando a anterior”⁶⁰¹. Nesta esteira, o *distinguishing* é um mecanismo “criado para se fugir do rigor dos precedentes, pois permite a não aplicação do precedente quando restar demonstrado que o caso apresentado à corte se diferencia em particularidades”⁶⁰², as quais impedem a aplicação da *ratio decidendi* extraída do precedente. Trata-se, pois, de uma distinção feita entre os casos, podendo ser considerado com uma diferenciação⁶⁰³ na análise, já que visa a observar se o caso se subordina ou não ao precedente, ou em outras palavras, se deve ou não seguir a *ratio* do caso antecedente.

Ademais, para uma adequada teoria de padrões decisórios vinculantes, vale retomar a abalizada lição de José Rogério Cruz e Tucci, para quem, operar com precedentes não significa exigir uma submissão cega a decisões anteriores⁶⁰⁴. Em verdade, a “complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo para paradigma”⁶⁰⁵. Destarte, um precedente para produzir eficácia vinculantes, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo. Esse referido mecanismo de distinção, pode representar dois tipos de atividades dos tribunais: criadora e legislativa. O tribunal pode decidir um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída de um precedente em cotejo com o caso sob apreciação⁶⁰⁶.

A técnica da distinção cinge-se basicamente numa forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos a ponto de afastar a aplicação do

⁶⁰¹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 301.

⁶⁰² HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 291.

⁶⁰³ Expressão empregada com especial destaque por Francisco Rosito, ao referir que: “*Distinguishing* (diferenciação) é a técnica utilizada no sistema *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele”. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 300.

⁶⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171.

⁶⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

⁶⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

precedente invocado por uma das partes ou magistrado⁶⁰⁷. Diante da teoria do direito na *common law*, há evidente interesse em indagar se a aplicação da *distinguishing* declara um direito novo ou cria o direito ou mesmo se a intenção dos juízes é uma destas duas. Todavia, antes de se supor que o juiz estaria em busca de declarar um direito novo, é necessário constatar que o magistrado atua para conferir solução a um caso. O juiz, portanto, realiza o *distinguishing* não para criar um direito novo, mas por entender que, seguindo o precedente estaria proferindo uma decisão inadequada⁶⁰⁸. Assim, numa primeira análise, o *distinguishing* limita-se a uma declaração do juiz de que o direito evidenciado ou arguido no precedente não deve regular o caso sob análise. Assim, trata-se de uma declaração quanto à inaplicabilidade de um precedente invocado pela parte e tido como incompatível para solucionar o caso futuro.

Assim, o procedimento da distinção não altera o conteúdo do padrão decisório, apenas declara que existe outro padrão decisório a ser seguido para a solução do caso posto em julgamento. Não é apenas a afirmação de que o precedente é equivocado, “mas apenas não aplicável ao caso (*inapplicable law*)”⁶⁰⁹. O *distinguishing* é, portanto, uma decisão de não aplicabilidade de um precedente⁶¹⁰. Consiste o *distinguishing* na análise da *ratio decidendi* do caso, que de ser realizada pelos sujeitos do processo, com a devida análise do caso. A distinção, nas palavras de Bruno Augusto Sampaio Fuga, visa a “orientar a sociedade e os juízes e garantir igualdade e liberdade, o *stare decisis* não impede novo litígio, mas garante a estabilidade do direito”, permitindo a revogação do precedente e, especialmente, a *distinção* do caso sob julgamento.⁶¹¹

Nessa senda, o *distinguishing* demonstra que existem diferenças fáticas e fundamentais entre o precedente e o caso. Sobre o tema, Rupert Cross e J. W. Harris destacam que quando o tribunal é obrigado a seguir um caso ou vinculados por uma decisão, o que se entende é que o juiz tem a obrigação de seguir determinada *ratio*

⁶⁰⁷ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 316.

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

⁶⁰⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 78.

⁶¹⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 78.

⁶¹¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 79.

decidendi aos fatos antes dele, na ausência de uma distinção legal entre os fatos e os fatos a que foi aplica no caso anterior⁶¹². Dessa forma, aplicar o *distinguishing* consiste em diferenciar a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, separando fatos materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para uma decisão. A aplicação da técnica da distinção exige demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o caso presente⁶¹³.

Releva-se adequado, portanto, afirmar que o método de aplicação dos precedentes é significativamente marcado pelas distinções, mecanismo de elevada relevância na *common law*, conforme já informado, pois se trata, conforme lições de Lucas Buril de Macêdo, do procedimento mais importante para a concretização do direito jurisprudencial, justamente, por ser o que é utilizado com maior frequência⁶¹⁴. No *distinguishing*, o jurista deve operar através de raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, “que são juridicamente relevantes”⁶¹⁵. Essa característica essencial da operação, aplicação e distinção de padrões decisórios revela que a tradição jurídica da *common law* se faz, essencial e especialmente, fundada em analogias, “que moldam e remoldam as normas a partir de cada decisão”⁶¹⁶.

No Código de Processo Civil Brasileiro⁶¹⁷ em vigor, muito especialmente, os artigos 489, §1º, inciso VI; 927, §1º; 966, §5º; e 1.037, §9º fazem referência expressa à *distinção* com técnica para fins de aplicação e interpretação de padrões decisórios.

No artigo 489, §1º, inciso VI do Código de Processo Civil Brasileiro, o legislador foi expresso ao indicar que não será considerada fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de *distinção* no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”⁶¹⁸ A utilização da expressão *distinção* nesse

⁶¹² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 128.

⁶¹³ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 80.

⁶¹⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 285.

⁶¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 285.

⁶¹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 286.

⁶¹⁷ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶¹⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

dispositivo legal indica que o padrão decisório invocado deve ser criteriosamente enfrentado pelo juiz, “seja para realizar sua aplicação, seja para afastar a sua incidência”⁶¹⁹. Com efeito, compete ao juiz apontar a existência de singularidade no caso que não permita seu enquadramento ao padrão decisório (realizando o *distinguishing*) ou mesmo, quando for o caso, apontando a superação do padrão decisório (*overruling*), conforme se anotar na sequência.

A respeito do tema, Alexandre Freitas Câmara é enfático ao enunciar que é na fundamentação da decisão judicial, portanto, que se fará a *distinção* entre o precedente e o novo caso sob julgamento, de forma a assegurar que os padrões decisórios somente sejam aplicados a casos aos quais se ajustes. Decorre daí, portanto, a relevância de se examinar como se manifestará o princípio do contraditório quanto ao ponto, a final, nas palavras do autor, “o contraditório não deve ser observado apenas quando da formação, mas também quando da aplicação dos padrões decisórios dotados de eficácia vinculante”⁶²⁰. Assim, o art. 489, §1º do Código de Processo Civil Brasileiro (o qual deve sempre lido junto ao artigo 11 do mesmo Código⁶²¹), notadamente em seu inciso VI, estabelece a exigência de que o juiz justifique, na fundamentação da decisão, a razão de ter aplicado ou de ter afastado

-
- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
 - II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
 - III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
- § 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.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁶¹⁹ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 699.

⁶²⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 293.

⁶²¹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

determinado padrão decisório. E se isso constará da decisão, por evidente, deve ser submetido ao contraditório (art. 10 do mesmo diploma processual⁶²²).

Já no artigo 927, §1º do Código de Processo Civil Brasileiro⁶²³, consta regra expressa determinando a aplicação do art. 10 e artigo 489, §1º, do mesmo diploma legal. Com efeito, o sistema de formação e consolidação de padrões decisórios “não ficam adstritos aos casos em específico, sendo estendidos para outros processos que discutam o mesmo tema”⁶²⁴. Com efeito, é preciso se ter presente que um juiz ou tribunal pode afastar a aplicação de um padrão decisório indicando a sua revogação (*overruling*) ou apresentando a distinção (*distinguishing*). A respeito deste dispositivo legal, Lenio Streck e Georges Abboud referem textualmente que

o §1º do dispositivo ora comentado introduz louvável determinação para a aplicação do art. 927 do CPC, porque impõe o respeito ao contraditório para a aplicação bem como para a modificação dos provimentos vinculatórios, inclusive pelos Tribunais Superiores (STF e STJ). Com a inserção do §1º, há importante vitória da democracia, porque ficará evidente que não apenas as instâncias inferiores do Judiciário estão obrigadas a cumprir criteriológica, que não apenas estes (juízes e tribunais não superiores) estão obrigados a seguir jurisprudência⁶²⁵.

Quanto à redação do artigo 966, §5º do Código de Processo Civil Brasileiro⁶²⁶, trata da hipótese em que teria cabimento o ajuizamento de ação

⁶²² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶²³ [...] 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. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁶²⁴ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.303.

⁶²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.207.

⁶²⁶ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV - ofender a coisa julgada;
- V - violar manifestamente norma jurídica;
- VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
- VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

rescisória em que a distinção tenha sido realizada de maneira inadequada ou de que o padrão decisório que deveria ter sido aplicado, não o foi, por déficit de fundamentação judicial. Refere expressamente o dispositivo legal, o cabimento da ação rescisória, “com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de *distinção* entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.” Nessa senda, o requisito a ensejar a ação rescisória é que o autor aponte que a decisão *aplicou* o padrão decisório quando não seria a hipótese correta, ou seja, “que o caso tinha uma distinção que não foi observada pelo julgador”⁶²⁷. Quanto ao tema, traz-se o entendimento de José Miguel Garcia Medina, para quem “considera-se haver violação à norma jurídica, nos termos do art. 966, V, do CPC/2015, também quando a decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”⁶²⁸.

O artigo 1.037, §9º do Código de Processo Civil Brasileiro⁶²⁹, trata de situação em que, quando houver a suspensão de processos ou recursos com base

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁶²⁷ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.384.

⁶²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Art. 966. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.255.

⁶²⁹ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

em uma decisão de repetitivo, as partes deverão ser intimadas para garantir ciência a respeito dessa suspensão (em respeito ao princípio do contraditório e da vedação de decisão surpresa) e também para que seja possível indicar-se que aquele caso concreto não se refere ao tema objeto da afetação do repetitivo e, conseqüentemente, haveria “distinção (*distinguishing*) entre o caso concreto e a tese a ser firmada como repetitivo”⁶³⁰. Nesse sentido, relevantes os comentários de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron, os quais indicam que “a partir do §9º do art. 1.037, o CPC trata da possibilidade de a parte que não concordar com o sobrestamento do seu caso, requerer sua retirada do grupo de casos mostrando haver ‘distinção’ (*distinguishing*)⁶³¹”.

A distinção é, pois, técnica essencial para a aplicação e interpretação dos padrões decisórios no processo civil, notadamente, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil. Mas não a única ferramenta disponível, sendo comum a utilização do mecanismo da *superação* do precedente, o chamado *overruling*.⁶³² Com efeito, os padrões decisórios – sejam eles precedentes propriamente ditos, ou outros

III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

§ 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º .

§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput.

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus .

§5º REVOGADO

§ 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036 .

§ 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput .

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁶³⁰ DELLORE, Luiz. Comentários ao art. 1.037. In: DELLORE, Luiz et al. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.578.

⁶³¹ DIERLE, Nunes. Art. 1.037. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.385.

⁶³² Aqui uma importante observação: esse trabalho fará referência expressa ao *overruling*, enquanto técnica de superação total do padrão decisório, não se enfrentando os contornos conceituais do *overriding* (que diz respeito à superação parcial do padrão decisório), para a qual aplicará, nada obstante, todas as considerações referentes à superação total.

tipos de padrão, como enunciados de súmula – mesmo quando dotados de eficácia vinculantes, não são eternos⁶³³. Veja-se que mesmo a Inglaterra, que adota um maior rigor na observância dos precedentes em comparação com outros países, como os Estados Unidos, “admite-se, em dadas condições, mudanças de orientação ao longo do tempo”⁶³⁴. Parte-se, dessa forma, da premissa que de o direito, como ciência social, é dinâmica e mutável por natureza, de modo que deve renovar-se e adaptar-se às novas condições sociais, especialmente, em áreas nas quais a legislação não tem atualizado as regras jurídicas⁶³⁵. E, efetivamente, durante toda a evolução da atividade judicial, a força vinculante das decisões tem sofrido profundas alterações, sendo adequado afirmar que hoje, nem mesmo a *House of Lords* encontra-se absolutamente adstrita às suas próprias decisões⁶³⁶. Tal fenômeno pode ser explicado por várias maneiras, mas a técnica do *overruling* representa situação específica e excepcional, cujo o escopo é excluir do ordenamento jurídico determinando precedente, para substituí-lo por outro que melhor se ajuste à situação em análise⁶³⁷.

Do ponto de vista histórico, importante lançar mão dos ensinamentos de Rupert Cross e J. W. Harris, os quais remontam à *Declaração de Prática (Practice Statement)* de 1966, como o marco temporal do surgimento do procedimento de superação de precedentes no direito inglês⁶³⁸. Essa declaração⁶³⁹ “concluiu pela possibilidade de a *House os Lords* superar seus precedentes”⁶⁴⁰, tendo sido transcrita na obra de Rupert Cross e J. W. Harris e agora reproduzida em tradução livre, neste trabalho:

⁶³³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 301.

⁶³⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 279

⁶³⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 279.

⁶³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 107.

⁶³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 107.

⁶³⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 130-132.

⁶³⁹ A Declaração de Prática foi lida pelo Lord Gardiner em seu nome e em nome de todos os Membros da Câmara dos Lordes antes que fossem proferidas as decisões judiciais, em 26 de julho de 1966. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 131.

⁶⁴⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 99.

Os membros desta Câmara consideram que o uso do precedente constitui uma base indispensável para se estabelecer o que é a Lei e como deve ser aplicado aos casos individuais. Efetivamente, proporciona um certo grau de certeza de que os indivíduos podem confiar na condução dos seus negócios/assuntos, assim como uma base adequada e ordenada da evolução das regras jurídicas.

Não obstante, nós, os membros desta Câmara reconhecemos que a adesão de maneira demasiadamente rígida ao precedente também pode levar a injustiças num caso particular e restringir indevidamente a evolução do Direito. Assim, portanto, nós, os membros desta Câmara propomos modificar a prática atual no sentido de que, embora as decisões anteriores desta Câmara se consideram vinculantes, a mesma se separará de uma decisão anterior quando pareça correto fazê-lo.

A este respeito, os Membros desta Câmara terão em conta o perigo que se gera em alterar retrospectivamente as bases sob as quais se foram celebrados contratos, transferências de propriedade e acordos fiscais, assim como, em especial, a necessidade de certeza que existe em matéria penal.

Esta declaração não pretende modificar o uso dos precedentes e nenhum outro tribunal diferente desta Câmara.⁶⁴¹

A possibilidade de *overruling* retirou, nas palavras de Bruno Augusto Sampaio Fuga, os “piores defeitos do *stare decisis*”⁶⁴², pois as regras inconvenientes ou injustas podem ser superadas, sendo essa uma condição do *stare decisis*, na qual precedentes equivocados podem ser revogados e assim deixei de autorizar sua replicabilidade (*replicability*)⁶⁴³. Nesse cenário, a *Practice Statement* fornece duas razões para se operar com o *overruling*: (i). impedir que a rígida adesão aos precedentes perpetue injustiças; (ii). impedir a estagnação do desenvolvimento do direito.

Nessa quadra, muito embora a estabilidade do direito possa ser mais desejável, por vezes, existe o risco de os tribunais decidirem de forma insatisfatória ou inadequada, “se confiarem muito prontamente no raciocínio encontrado em um precedente”⁶⁴⁴. Ademais, que se tenha presente que a própria extinção ou modificação do precedente deve, “além de respeitar requisitos procedimentais-argumentativos, ser congruente com os princípios jurídicos e com as proposições sociais que determinam o sistema jurídico e a própria superação dos precedentes”⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 131.

⁶⁴² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 100.

⁶⁴³ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 100.

⁶⁴⁴ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 101.

⁶⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 311.

Nada obstante, é importante notar um elemento relevante na tradição da *common law* apreendido por Andréia Costa Vieira: “um aspecto interessante do sistema de precedentes é que um precedente não perde sua autoridade com o passar do tempo”⁶⁴⁶. Na verdade, segundo infere a autora, “quando mais antigo um precedente, mais relutantes os juízes e as Cortes de Justiça estarão para não observar sua força vinculante”⁶⁴⁷ e uma das razões desta resistência é que os precedentes se constituem, nessa tradição, como fontes primárias de direito⁶⁴⁸. Se faz este pequeno recorte, para que fique assentado que a superação de um padrão decisório não pode ocorrer “de qualquer forma” ou mesmo sem critérios devidamente explicitados e justificados na respectiva decisão judicial.

A superação de um padrão decisório é uma técnica destinada a assegurar a evolução do próprio ordenamento jurídico, razão pela qual, é necessário se ter em conta que os órgãos jurisdicionais não podem utilizar a técnica do *overruling*, simplesmente porque é um desejo do juiz ou das partes; ou porque existe algum interesse em que este ou aquele padrão decisório seja superado. Assim, conforme explica José Rogério Cruz e Tucci,

o *abandono* do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificação complementar (grifo nosso)⁶⁴⁹.

Resta claro, dessa forma, que um precedente não pode, pois, “ser desprezado sem uma motivação satisfatória”⁶⁵⁰. Em igual sentido, recomendando escorreita justificação para superação de um precedente, convém recorrer-se à lição

⁶⁴⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law*. os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 127.

⁶⁴⁷ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law*. os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 127.

⁶⁴⁸ A respeito da compreensão do precedente judicial como fonte de direito, essenciais as reflexões de José Cruz e Tucci, em capítulo dedicado ao tema. TUCCI, José Rogério Cruz e. A questão do precedente judicial como fonte do direito. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18-26.

⁶⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 110.

⁶⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 110.

de Karl Larenz, citado por Robert Alexy, segundo o qual: “o simples fato de uma proposta de solução já tenha sido aplicada, é uma boa razão para voltar a elegê-la”⁶⁵¹.

Nessa quadra, valiosíssima a contribuição de Ravi Peixoto, o salienta que qualquer manobra no sentido de revogar ou superar um precedente judicial deve ser “devidamente fundamentada”, preservando-se o *princípio da confiança*, o qual é constituído pelos seguintes elementos: a base da confiança, configuração de uma confiança legítima; a prática de atos concretos e a existência ou receio de um conduta contraditória.⁶⁵²

Basicamente, um precedente pode ser revogado ou superado – como medida excepcional – quando resta evidenciado o equívoco da sua aplicação ao caso concreto. Somente pode se cogitar da sua revogação, quando o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência e consistência sistêmica⁶⁵³. E um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência, quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência⁶⁵⁴. Um precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de manter coerência com as decisões da Corte⁶⁵⁵. A ideia é que o precedente merece ser revogado (ou superado) quando não se verificam mais os valores que sustentam a sua estabilidade, basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação surpresa injusta⁶⁵⁶.

Com efeito, “a distinção é obviamente um método pelo qual os juízes soltam as amarras do precedente, mas também o é a superação”⁶⁵⁷ (tradução livre), conforme leciona Neil Druxbury, em obra que se revela em verdadeiro marco para a compreensão dos institutos do *distiguishing* e do *overruling*. Quando os juízes superam um precedente, eles estão se recusando a segui-lo e declarando que, ao menos onde os fatos de um caso sejam materialmente idênticos a aquele do caso em

⁶⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 269.

⁶⁵² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 124.

⁶⁵³ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature os the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 14.

⁶⁵⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature os the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 26.

⁶⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature os the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 37.

⁶⁵⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature os the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 104.

⁶⁵⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 18.

questão, outra regra deva ser seguida em vez daquela⁶⁵⁸. Por vezes um precedente é superado porque de alguma forma ele já não é mais aceito de maneira uniforme pelas Cortes e até mesmo pela realidade social.

Às vezes uma Corte pode “considerar um infortúnio que o precedente tenha sido criado”, utilizando a expressão de Neil Druxbury, mas a verdade, é que o *overruling* é o mecanismo encontrado na *common law* para que o juiz possa fundamentar a não utilização de determinado padrão decisório, não porque essa é a sua vontade, mas porque a solução dada ao caso anterior não mais se coaduna ao momento atual, razão pela qual outra regra deve ser seguida, ou outra solução deve ser encontrada. Em suma: o padrão decisório invocado merece e precisa ser superado, justamente para que se assegure uma correta e adequada aplicação do padrão decisório vinculante.

Aqui, pede-se vênua para transcrever-se literalmente e em tradução livre, o pensamento de Neil Druxbury, para quem:

Superar, como distinguir, dá às cortes somente um poder legislativo limitado, porque, como se notou ao fim do capítulo anterior, se as cortes pudessem superar precedentes sempre que quisessem não faria sentido falar de uma doutrina do *stare decisis*. Mas em que casos é correto que as cortes superem precedentes? A resposta básica, nós vimos, é que de juízes que desejem se afastar de precedentes se espera que respondam por eles mesmos: ‘a superação de precedentes não pode simplesmente ser tida por arbitrária; os juízes têm, e publicam, suas razões’¹ de fato, frequentemente os juízes dizem que se um precedente deve ser superado, a razão para fazê-lo deve ser especialmente séria ou intensa.

A razão mais óbvia para superar um precedente é que a corte inferior que o criou cometeu um erro. Mas superar tende a ser um assunto mais delicado quando uma corte está considerando uma de suas próprias decisões, ou uma de uma corte de mesma autoridade. Nessas circunstâncias, a corte superante – assumindo que a corte tem a capacidade de superar – irá minimamente querer se convencer de que o precedente impugnado está claramente errado. Por vezes uma corte pode querer uma razão ainda mais forte para superar: por exemplo, pode querer ser convencida de que superar o precedente errado melhorará a legislação (mesmo que só substitua um mal por um mal menor), ou que não perturbará as legítimas expectativas de cidadãos que tenham organizado seus assuntos sob o entendimento de que o precedente seja vinculante ou que a retificação desejada não possa ser atingida por intervenção legislativa. (grifo nosso).⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 18.

⁶⁵⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 19-25.

O *overruling* é uma espécie de gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial⁶⁶⁰, “hipótese extrema”, que só ocorre quando o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica⁶⁶¹. Tem lugar o *overruling* quando um padrão decisório deixa de atender ao que determinam as condutas e as aspirações sociais, políticas e de experiência, “ao mesmo tempo deixa de corresponder aos valores que sustentam a estabilidade jurisprudencial e o *stare decisis*”⁶⁶².

Destarte, uma das hipóteses de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente, apelando o juiz, nesses casos, “para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente”⁶⁶³. Outrossim, pode ocorrer a superação de um padrão decisório na hipótese de exceções inconsistentes, coexistindo simultaneamente dúbio entendimento dos tribunais a respeito de um mesmo tema⁶⁶⁴. O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a uma mera questão de aplicação ou interpretação do precedente judicial, mas vai bem além disso, já que representa uma verdadeira *superação* da própria norma aceita como precedente⁶⁶⁵. As situações em que é possível utilizar-se da técnica do *overruling* – a superação de determinado padrão decisório – podem variar em cada tradição ou sistema jurídico, todavia, “sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada”⁶⁶⁶, ou em outras palavras, devida e adequadamente fundamentada.

⁶⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 387.

⁶⁶¹ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 281.

⁶⁶² HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 281.

⁶⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 387

⁶⁶⁴ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 281.

⁶⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

⁶⁶⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

Trata-se, pois, de método de trabalho de juízes e tribunais onde, depois de realizar reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, “decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente”⁶⁶⁷. E aqui, importante salientar que o *overruling* pode ter *retrospective effects* (efeitos pretéritos) ou *prospective effects* (efeitos para o futuro)⁶⁶⁸. Quando atribui efeitos pretéritos, na prática, se trata de eficácia *ex tunc*, sendo o caso julgado com base na regra nova, não existente no momento do surgimento da lide. Por seu turno, quando o *overruling* tem efeitos futuros, a nova orientação do tribunal valerá da data da decisão de virada do entendimento para frente (eficácia *ex nunc*) ou de outro marco temporal futuro que, todavia, deve ser explicitado no corpo do precedente⁶⁶⁹.

A respeito da eficácia retroativa ou prospectiva do *overruling*, permita-se assentar o entendimento de Andréia Costa Vieira, segundo a qual “uma das peculiaridades do mecanismo de revogação, na Inglaterra, é que ele tem efeito *ex tunc*”. Isso quer dizer, nos dizeres da autora, que ao ser revogado um precedente, sua não-existência opera retroativamente, como se nunca, de fato, tivesse existido⁶⁷⁰. Salienta ainda a mesma autora que, “ao contrário do que ocorre na Inglaterra, nos Estados Unidos, a Suprema Corte só revoga precedentes com efeito *ex nunc*, afetando apenas casos futuros⁶⁷¹”.

Para deixar ainda mais marcada a adoção do *overruling* na superação de padrões decisórios, recorre-se aos estudos de Guilherme Antunes da Cunha, que, ao

⁶⁶⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 569.

⁶⁶⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 570.

⁶⁶⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 570.

⁶⁷⁰ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 127. Prossegue a autora, aludindo que: “Por isso, ao lado do fato de criar certeza para a *Common Law*, outras razões para não se revogar precedentes são todos os problemas financeiros e contratuais que disso decorreriam. Por ser até que, em certas circunstâncias, um fato que antes era lícito venha a ser considerado ilícito pelo sistema de revogação. O mesmo não acontece com precedentes que sejam revogados por Estatuto. A revogação por Estatuto, assim com se dá na maior parte dos países da família Romano-Germânica, só opera efeito *ex nunc*, ou seja, não há retroatividade.” VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 128.

⁶⁷¹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 128.

tratar do modelo norte-americano, informa existir ao menos três formas de revogação de precedentes:

a primeira ocorre quando inovações tecnológicas e melhoramentos oriundos da evolução da sociedade fazem do precedente obsoleto. [...]. A segunda ocorre quando os valores substanciais a partir dos quais o precedente foi estabelecido não são mais satisfatórios à luz da moralidade jurídica da atualidade. Uma terceira forma de *overruling* ocorre quando uma experiência posterior com o precedente mostra que foi equivocada a decisão contida no precedente desde o início; a questão está na injustiça do precedente. (grifo nosso)⁶⁷².

Nessa senda, o próprio Código de Processo Civil Brasileiro indica a necessidade de superação de padrões decisórios quando, por exemplo, no art. 947, §3º⁶⁷³ ou no art. 985, inciso II⁶⁷⁴, estabelece a possibilidade de “revisão de tese”, para o julgamento do incidente de assunção de competência e para o acórdão proferido no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em mesmo sentido, o art. 986 do Código de Processo Civil Brasil estabelece a possibilidade de superação da tese jurídica firmada pelo próprio tribunal,

⁶⁷² CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios*: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 135.

⁶⁷³ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶⁷⁴ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juzizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

ao prever que “a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados”⁶⁷⁵, sendo esta uma regra de competência também aplicável aos demais padrões decisórios de eficácia vinculante⁶⁷⁶.

A superação de padrões decisórios encontra-se expressamente prevista no Código de Processo Civil Brasileiro, disso não há questionamentos, conforme se infere dos artigos 489, §1º, inciso VI e 927, §§ 2º ao 4º, os quais fazem menção expressa à possibilidade de os tribunais virem a modificar entendimentos estabelecidos em casos repetitivos⁶⁷⁷.

Quando da utilização do mecanismo de superação, os Tribunais revogam seus próprios precedentes ou precedentes de Tribunais inferiores. Isso ocorre, de maneira geral, quando um Tribunal declara que uma decisão de determinado caso previamente julgado não é mais regra, podendo fundamentar essa decisão no fato de que princípio legal contido no caso não representa mais a realidade⁶⁷⁸. Desse modo, os critérios ou regras contidas nos casos anteriores estão sujeitos excepcionalmente à modificação ou revogação (superação) quando estiverem presentes determinadas circunstâncias, cujo exame depende da valoração – devidamente fundamentada – judicial⁶⁷⁹. Portanto, as técnicas de superação dos precedentes, como exceção à teoria do *stare decisis* são essenciais ao manejo dos padrões decisórios como fundamento das decisões judiciais, pois, “sem elas, haveria uma indesejável petrificação na aplicação das normas e impediria a necessária adaptação do Direito aos avanços da sociedade”.⁶⁸⁰

De todo modo, é absolutamente salutar reconhecer que os julgamentos que formam precedentes “podem e devem passar por revisões e adaptações, sempre

⁶⁷⁵ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁶⁷⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 301.

⁶⁷⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 301.

⁶⁷⁸ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 129.

⁶⁷⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 280.

⁶⁸⁰ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 290.

respeitando a integridade do sistema judicial e a previsibilidade das decisões”⁶⁸¹, porque estas ferramentas decorrem da própria evolução do Direito. Nesse particular, Humberto Theodoro Júnior e Érico de Andrade referem que no direito jurisprudencial se destaca um dos seus pontos centrais, pelo qual o direito não é visto como algo *engessado, inflexível* ou imutável, “perspectiva que permite a evolução da orientação jurisprudencial, com mudança de rumos e atualização”, em sede de precedentes⁶⁸². Tal alteração do rumo jurisprudencial é reconhecida na *common law* como *overruling* e na *civil law* como *reivierement*, que, todavia, realizam a mesma função, qual seja, a mutação jurisprudencial com o abandono do precedente anterior, excluindo-o da linha de aplicação⁶⁸³.

Desta forma, muito embora o respeito aos padrões decisórios seja essencial para a manutenção coerente e estável do ordenamento jurídico, o direito e as relações humanas e sociais – em constante evolução – exigem medidas que proporcione fórmula para que ocorra uma revisão destes padrões decisórios. Essa fórmula, conforme já aponta, é a superação (*overruling* da tradição da *common law*). E assim sendo, resta patente que o *overruling* não contradiz a estabilidade do sistema, mas ao contrário, garante-a⁶⁸⁴. Nessa senda, é importante ressaltar que “como a sociedade muda, necessário também o direito exercer a delicada função de adaptar-se”⁶⁸⁵ ao novo contexto social e jurídico vivido. Sobre tal acepção no trato dos precedentes, importante remeter-se à lição de Tereza Arruda Alvim, a qual sustenta que a “uniformidade não significa uniformidade de um certo e determinado entendimento para sempre; e que estabilidade não significa imutabilidade”⁶⁸⁶.

Com efeito, ainda que já se tenha firmado – no decorrer deste trabalho – a compreensão de que um dos sustentáculos da doutrina do *stare decisis* seja a estabilidade e vinculatividade do conteúdo do precedente, a *common law* não exige

⁶⁸¹ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 280.

⁶⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 105.

⁶⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 105.

⁶⁸⁴ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 91.

⁶⁸⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 91.

⁶⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 13.

uma presunção absoluta e incontestável de que o precedente será obrigatoriamente seguido. Na verdade, o que se procura é o compromisso institucional de que os precedentes sejam seguidos. Em outras palavras: exige-se que os eventos passados sejam respeitados como guias para os casos futuros. Assim, “deve-se permitir que precedentes possam ser revistos, *mas não ignorados*”⁶⁸⁷. Seria, nessa toada, o *overruling* um “discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta”⁶⁸⁸. E, por essa circunstância, as razões que o justificam devem ser mais importantes do que seriam suficientes para o *distinguishing*.⁶⁸⁹

A superação, portanto, consiste na retirada da *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-se por outra. Com isso, o próprio padrão decisório que lhe servia de referência passa a não ser mais aplicável como “fonte da norma”⁶⁹⁰. O valor de um padrão decisório superado, com efeito, passa a ser histórico e não mais detém autoridade para servir base para fundamentação de outras decisões⁶⁹¹.

Isso significa que a norma que substitui a contida no padrão decisório superado não é criada livremente. Sua criação está ligada, além de às restrições processuais, aos argumentos permissivos da mudança e ao próprio ordenamento jurídico, compreendido em sua totalidade e às proposições sociais que fundamentam o sistema jurídico. Dessa forma, o novo precedente apenas se legitima “quando o tribunal nega o precedente para que, assim, sustente o direito”⁶⁹².

O *overruling* dessa forma garante a evolução do direito, sem, contudo, inviabilizar a utilização dos padrões decisórios. Utilizado o mecanismo da superação de maneira adequada, mas principalmente quando demonstrada a observância prévia do contraditório, e “só se admitindo quando esta se der de maneira constitucionalmente adequada (ou, o que dá na mesma, quando a superação do

⁶⁸⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 91.

⁶⁸⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

⁶⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

⁶⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 310.

⁶⁹¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 133.

⁶⁹² MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 312.

padrão decisório for a resposta correta)”⁶⁹³, este promove o próprio *stare decisis*. Evidentemente, tal compreensão não redundará em uma ruptura com a ideia de obrigatoriedade e vinculação com os padrões decisórios⁶⁹⁴.

A superação do padrão decisório ocorre apenas se forem verificadas as condições de superabilidade da norma e se estão materializadas na falta do padrão de congruência social e consistência sistêmica da norma do precedente, conforme antes já se referiu. E, seguindo os traços doutrinários Melvin Aron Eisenberg, para que haja a adequada utilização do *overruling*, é necessário que o processo argumentativo de superação do precedente seja desenvolvido pelo julgador a partir de robusta fundamentação, alinhada com os predicados da congruência social e consistência sistêmica, além de alinhar os princípios jurídicos que norteiam a questão jurídica controvertida⁶⁹⁵. Valendo aqui, reprisar as lições de Jeremy Waldron, o qual argumenta que a consistência e a estabilidade do direito também decorrem da responsabilidade institucional que os juízes devem observar quando da utilização da técnica do *overruling*⁶⁹⁶. Atenta o autor, ainda, que a consistência da norma do precedente também serve para que os cidadãos possam prever e internalizar a norma do precedente, de tal modo que, eventual ruptura com esse padrão normativo e o correspondente impacto social e institucional devem ser considerados quando da superação⁶⁹⁷.

Em conclusão: se por um lado a doutrina do *stare decisis* estabelece verdadeira pressão pela continuidade das normas jurídicas – “sejam elas boas ou más” – garantindo segurança e razões formais para a manutenção do precedente; por outro viés, para que seja realizada a superação do precedente (*overruling*) é indispensável que o juiz demonstre que as razões substanciais para mudança, superam o peso das razões de segurança, conseqüentemente, “a teoria dos precedentes preocupa-se em estabelecer ônus argumentativo para a virada

⁶⁹³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 301.

⁶⁹⁴ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 251.

⁶⁹⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 104-105.

⁶⁹⁶ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. Michigan Law Review, [S. l.], v. 111, p. 31, 2012.

⁶⁹⁷ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. Michigan Law Review, [S. l.], v. 111, p. 28, 2012.

jurisprudencial, racionalizando-a, o que acaba por garantir alguma segurança na própria realização da mudança”⁶⁹⁸.

3.5 Uma proposta de utilização de padrões decisórios vinculantes sob a perspectiva de um processo civil constitucionalizado

O Código de Processo Civil em vigor desde a sua publicação, em março do ano de 2015⁶⁹⁹, estabelece um novo momento estrutural e metodológico para a conformação do processo civil no direito brasileiro. Tal cenário legislativo, aliado à necessidade crescente de observância aos preceitos constitucionais⁷⁰⁰ na atividade jurisdicional⁷⁰¹ e no comportamento das partes, criou um ambiente propício para melhor se dimensionar critérios para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro. Nada obstante a esta aproximação do direito brasileiro de uma teoria de padrões decisórios, é preciso ter presente que o processo, no modelo do Estado Constitucional, deve estar compreendido como um procedimento em que as partes *interessadas no ato final*, estejam em contraditório e cumpram a finalidade de permitir que os litigantes recebam uma sentença, *não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente de princípios ideológicos do juiz*⁷⁰², mas gerada a partir da liberdade e da participação recíproca de todos os sujeitos processuais⁷⁰³.

A existência da Constituição (no paradigma do Estado Democrático de Direito) exige a definição de deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo de inspiração liberal-iluminista e isso significa dizer, que o

⁶⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 312.

⁶⁹⁹ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁷⁰⁰ “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. BRASIL. *Exposição de motivos do código de processo civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁷⁰¹ Conforme se observa da Exposição de Motivos, uma das principais finalidades para a implementação de um Novo Código de Processo Civil, em substituição ao Código Buzaid, de 1973, era: “Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.” BRASIL. *Exposição de motivos do código de processo civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁷⁰² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 68.

⁷⁰³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 128.

Estado deve primar pelo respeito aos princípios constitucionais. Assim, contemporaneamente, não resta dúvida de que, a partir dos avanços da teoria do direito e da introdução no processo civil de uma teoria de padrões decisórios vinculantes⁷⁰⁴, é possível afirmar-se que não existem – no direito e na atividade jurisdicional – respostas prontas a respeito do sentido de determinada lei, razão por que, “nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio”.⁷⁰⁵ A correta e adequada fundamentação das decisões judiciais, nesse quadrante, é a garantia máxima de um processo construído sob o viés democrático, justo, desenvolvido em contraditório e que contempla de decisões justas e conformadas com o ideal constitucional de um Estado de Direito. O dever de fundamentação das decisões judiciais é inerente à existência do próprio Estado Constitucional, conforme anota José Carlos Barbosa Moreira⁷⁰⁶. A motivação da decisão judicial constitui *verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório*⁷⁰⁷, sem o que, a própria palavra *jurisdição* perde seu sentido.

Nesse cenário, a adoção ou aplicação de uma teoria própria de padrões decisórios, para a busca de uma resposta correta – de *viés dworkiano*⁷⁰⁸ – ou seja, respostas adequadas à constituição e com respeito a uma democracia em parceria, têm sua legitimidade confirmada de dois modos: *primeiro*, por observância de um procedimento no qual se garanta a participação constitucionalmente adequada de todos os interessados na formação da decisão; *segundo*, por meio de decisões judiciais *responsáveis*, fundamentadas na interpretação constitucional do direito e justificadas a partir da coerência e da integridade⁷⁰⁹.

Com efeito, também os Tribunais Superiores (Supremas Cortes) devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões

⁷⁰⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 2.

⁷⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 545.

⁷⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito)*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83.

⁷⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

⁷⁰⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 3.

⁷⁰⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 3.

hermenêutico-aplicativas.⁷¹⁰ O direito deve apresentar parâmetros seguros⁷¹¹, “que desaprova tanto a mera reprodução ou subsunção quanto à abertura principiológica, moral ou política dos moldes positivistas”⁷¹², parte para uma construção jurídica *coerente e integradora*, tendo para tanto, os princípios constitucionais como fechamento interpretativo. Quanto ao tema, aliás, relevante a precisa contribuição de Hilbert Maximiliano Akihito Obara, quando aduz que “as regras e princípios não são diferenciáveis entre si em razão de critérios teleológicos ou valorativos, de uma abertura axiológica principiológica, pois a autonomia e a força democrática do direito está em um fechamento deontológico”⁷¹³. Nesse sentido, aliás, essencial, lançar mão dos escritos de Ronald Dworkin, para quem “o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”⁷¹⁴.

Dessa forma,

a decisão (resposta) estará adequada à Constituição na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.⁷¹⁵

A decisão judicial nesse sentido, exige *unidade do direito* a partir do trabalho desenvolvido pelas partes, juízes e tribunais. Para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com

⁷¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 546.

⁷¹¹ Ao discorrer a respeito da segurança jurídica, Luiz Guilherme Marinoni também aponta como valores essenciais: o comportamento em sociedade, a unidade e desenvolvimento do direito, a clareza e generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, o controle do poder estatal, a previsibilidade, a racionalidade econômica e o respeito ao direito e responsabilidade, como elemento essencial para a adoção dos precedentes no direito brasileiro. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.103-112.

⁷¹² OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *Reversibilidade das tutelas de urgência*: a ponta do iceberg. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021. p. 191.

⁷¹³ OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *Reversibilidade das tutelas de urgência*: a ponta do iceberg. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021. p. 193.

⁷¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272-273.

⁷¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 546-547.

observância da segurança jurídica, da igualdade e da coerência, é essencial que a fundamentação siga a aplicação de padrões decisórios vinculantes.

O Poder Judiciário, nesta quadra, atuará num “sentido regulador”, controlando a legalidade constitucional, podendo, no limite, “ordenar a execução e determinadas medidas ao Executivo (medidas essas determinadas pelo direito), mas a execução em si sempre caberá ao Executivo”⁷¹⁶. Há um espaço, todavia, que o Poder Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão (que, dentre outros aspectos, visa a um controle da atividade jurisdicional) e a utilização dos padrões decisórios vinculantes para a fundamentação das decisões judiciais, revela-se essencial para assegurar um processo civil comprometido com os princípios constitucionais. Dessa forma, “os padrões decisórios, a partir da teoria da decisão de Dworkin, com os aportes da *Crítica Hermenêutica do Direito*, são condições de possibilidade para respostas certas em Direito e em nenhuma forma engessam a interpretação e a aplicação do Direito”⁷¹⁷.

Segurança jurídica, previsibilidade, coerência, integridade e estabilidade do direito constituem-se elementos essenciais para a conformação de um Estado em que o regime republicano e democrático de direito se faça realmente presente. Faz-se essa alusão, para que fique assentado nessa pesquisa, que a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade são direitos fundamentais e essenciais a todos os cidadãos, tal qual Neil MacCormick enuncia em seus escritos: “entre os valores que ele (o Estado) assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, a exceção talvez, pelos princípios que a acompanham, como segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão em face da interferência arbitrária por parte do governo e de seus agentes”⁷¹⁸. Dentro dessa mesma perspectiva e ainda sob a análise da lição de Neil MacCormick, em seu *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*, convém trazer a seguinte lição (em tradução livre):

[...] num Estado moderno com tantos juízes e tantas cortes, e uma estruturada hierarquia de recursos, as mesmas regras devem ser tomadas independentemente de qual juiz está tomando decisões em um caso. A

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 66.

⁷¹⁷ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 38.

⁷¹⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 18.

fidelidade ao Estado de Direito exige evitar qualquer variação frívola no padrão de decisão de um juiz ou de um tribunal para outro⁷¹⁹.

Com relação à necessidade de segurança jurídica para as decisões judiciais, essencial assentar que esse princípio é visto como “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”⁷²⁰, expressando-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas práticas no convívio social. O princípio da segurança jurídica, nessa quadra, tem como elemento nuclear a proteção da confiança. O comportamento de uma pessoa “gera expectativas legítimas capazes de induzir o comportamento alheio”⁷²¹ e essas expectativas não pode ser “frustradas de maneira volúvel, porquanto, fundadas na boa fé”⁷²². Essa mesma compreensão vale para o Estado-Juiz, razão pela qual linhas decisórias inconstantes, não adequadamente fundamentadas, não confiáveis ou que violam justas expectativas do jurisdicionado (como o exemplo da proibição de decisão surpresa, vide artigo 10 do Código de Processo em vigor), revelam-se eivadas de nulidade. A estabilidade, dessa forma, tem ligação direta com a segurança jurídica e “não se separa do direito produzido pelo Judiciário”⁷²³.

Nessa quadra, decidir através de padrões decisórios vinculantes pode representar passo decisivo na construção de um processo civil em que (i) os princípios fundamentais processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, igualdade entre as partes, paridade de armas, não surpresa, duplo grau de jurisdição, juiz natural, apenas para comentar alguns) sejam adequadamente respeitados; (ii) e a fundamentação da decisão judicial é realizada de forma a se buscar a resposta hermeneuticamente correta, adequada e conformada com a Constituição da

⁷¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010. p. 18.

⁷²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 926. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.309.

⁷²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 926. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.309.

⁷²² MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 926. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.309.

⁷²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 926. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.309.

República⁷²⁴. Nunca perdendo de vista que a aplicação de padrões decisórios vinculantes exige que a participação em contraditório das partes ocorra por meio da observância de um especial ônus argumentativo, que tem de respeitar a exigência da dialeticidade⁷²⁵, além de uma fundamentação específica e adequada ao caso concreto.

Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais (também aqui pode ser usado o princípio da proibição de retrocesso social). Dito de outro modo, “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”⁷²⁶

Nesse cenário, resta evidenciado que a defesa da democracia e dos direitos estabelecidos na Constituição não pode depender de uma “considerável margem de atuação”⁷²⁷ livre do juiz. Isso implica, evidentemente, na necessidade de se discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais.⁷²⁸ Ademais, adequada é a lição de Michele Taruffo o qual leciona que, de qualquer forma, resta evidente que existe uma conexão direta entre o dever de motivação da decisão judicial e o caráter democrático do sistema político e do sistema jurisdicional⁷²⁹. Não por acaso, o Código de Processo Civil em vigência, conforme já salientado, manifesta preocupação contundente com a ideia de segurança jurídica,

⁷²⁴ Aqui, importante chamar atenção para a noção de um *processualismo constitucional democrático*, conforme lecionam Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes. VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: 2018. p. 02-27.

⁷²⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 3.

⁷²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 67.

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

⁷²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

⁷²⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 23.

integridade e coerência da jurisprudência, a tal ponto que o artigo 926 desse diploma legal é expresso a aduzir que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Nesta vereda, portanto, é que a necessidade de uma resposta adequada à Constituição tem um grau de abrangência que evita decisões discricionárias, solipsitas e arbitrárias, decisões estas que respeitam a integridade do direito. Neste contexto, é possível afirmar que, ao mesmo tempo em que existe o dever fundamental de justificar e motivar as decisões judiciais, há também o direito fundamental à obtenção de decisões adequadas à Constituição⁷³⁰. Note-se, todavia, que a preocupação com a qualidade da fundamentação das decisões judiciais e com a estabilidade dos padrões decisórios, não deve ser restrita aos países de tradição jurídica da *common law*. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina,

costuma-se a vincular a doutrina do *stare decisis* ao sistema de *common law*, mas para que a regra do *stare decisis* seja aceita entre nós, é desnecessário invocar as bases da *common law*, ou pensar que o direito brasileiro está se transformando em um modelo de *common law*. (grifo do autor).⁷³¹

Se faz essa afirmação para que fique assentado que: (i) é imprescindível que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões; (ii) deve haver preocupação sem se criar decisões das quais se poderá extrair um padrão decisório (no sentido de orientação e não de uma mera decisão judicial qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio Tribunal ou pelo demais Tribunais do país⁷³². Existe uma vinculação umbilical entre esse dever e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos (dever fundamental de motivação e direito fundamental à resposta adequada) reflete uma espécie de “blindagem”⁷³³, de uma proteção contra interpretações “deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

⁷³¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 3, dez. 2016.

⁷³² MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 3, dez. 2016.

⁷³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”⁷³⁴. Assim, não basta a observância formal do procedimento, impondo-se também, para se poder reconhecer a legitimidade democrática dos padrões decisórios, que a deliberação tenha sido adequadamente desenvolvida e fundamentada⁷³⁵.

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que se denomina de uma “fundamentação da fundamentação”⁷³⁶, representada por uma profunda e irrenunciável aplicação do art. 93, inc. IX da Constituição da República⁷³⁷ e consonância com o *devido processo legal*, ou seja, a exigência de que o processo se desenvolva em conformidade com os demais princípios constitucionais aplicáveis aos processos judiciais. Em outras palavras: o devido processo constitucional consolida a exigência de que o processo se desenvolva com rigorosa observância do modelo constitucional estabelecido a partir da Constituição da República⁷³⁸. Dessa realidade, pois, decorre, que compete ao julgador (em todo e qualquer grau de jurisdição) cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis, assim como a considerar os motivos determinantes, que formataram os julgamentos precedidos pelas cortes, em as emanações, para que exista a “concreção da unidade (isonomia) constitucionalmente prevista (art. 5º, caput e inciso I, CF)”⁷³⁹. Dessa forma, a “tão proclamada segurança jurídica não está somente jungida à atividade do Poder Judiciário de forma isolada”⁷⁴⁰, mas é parte imprescindível à conformação do Estado Democrático de Direito,

⁷³⁴ “Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

⁷³⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 70.

⁷³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.

⁷³⁷ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (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.”

⁷³⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 70.

⁷³⁹ CAMPOS, Amini Haddad. *Controle de precedentes: a conformação sistêmica da linguagem judicial dos indexadores de normatividade concreta*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 174.

⁷⁴⁰ CAMPOS, Amini Haddad. *Controle de precedentes: a conformação sistêmica da linguagem judicial dos indexadores de normatividade concreta*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 174.

“sobreprincípio que garante os outros, em sua ordem de vinculatividade propriamente dita do que se entende por Constituição”⁷⁴¹.

Há, desta forma, um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição⁷⁴². Esta resposta (decisão), “ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta”.⁷⁴³ O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que um assentamento de perspectiva democrática, por que inclusive, permite o controle das decisões judiciais, é um “produto filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto”.⁷⁴⁴ Sendo assim, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta conformada à Constituição para cada caso, portanto, “uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo)”⁷⁴⁵, pode representar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se revela contrário ao modelo democrático de direito.

O constitucionalismo contemporâneo, introduzido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, é incompatível com a possibilidade da existência de múltiplas escolhas pelo juiz. A admissão de múltiplas escolhas (respostas) relaciona-se com o conceito positivista de regra, que “abarca todas as possíveis situações de

⁷⁴¹ CAMPOS, Amini Haddad. *Controle de precedentes: a conformação sistêmica da linguagem judicial dos indexadores de normatividade concreta*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 175.

⁷⁴² Quanto à necessidade de respostas adequadas à Constituição e à necessidade de controle das decisões, relevante a crítica apresentada por Alexandre Morais da Rosa: “(...) As decisões deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrine para decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. E a moda jurídica atende a interesses não ditos e muitas vezes obscenos. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autoreprodução. As edições dos mesmos livros trazem na capa ‘atualizado até o dia tal’ como se isto garantisse o atendimento das novas tendências ditadas pelas grandes Casas da Moda Jurídica (STF e STJ).” ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129-130.

⁷⁴³ “A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio*. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.

⁷⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 171.

⁷⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 363.

aplicação de forma antecipada”⁷⁴⁶, independentemente do mundo prático. Na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas apostam na discricionariedade judicial (com excessiva liberdade na atribuição de sentidos). Todavia, é essencial destacar-se que, a pretexto de “superar o problema da arbitrariedade”, não se pode desonerar o juiz do dever (constitucional) de fundamentar⁷⁴⁷ as decisões (“fundamentação da fundamentação”). No campo jurídico, portanto, a resposta será correta “quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo”, “toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter ilimitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesas”.⁷⁴⁸

Mas, se toda interpretação deve estar protegida da arbitrariedade e da discricionariedade judicial e se a fundamentação (da fundamentação) de todas as decisões judiciais é a garantia de um processo democrático, justo e participativo, de que forma uma teoria de padrões decisórios vinculantes (vinculação interpretativa) pode(ria) contribuir para decisões judiciais corretas e adequadas à constituição? Responder essa indagação não é tarefa simples.

Com efeito, a utilização de padrões decisórios vinculantes deve partir do pressuposto de que “em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente) deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento”⁷⁴⁹. Ou, no sentir de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, “o juiz (seja de que grau for) terá de avaliar o caso descrito no

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 364.

⁷⁴⁷ Novamente pertinente a crítica de Alexandre Morais da Rosa: “Diálogo entre dois magistrados: ‘- Concordas com a decisão?’ ‘- Sim, se for do Supremo’. Responde o Juiz que decide conforme a moda. ‘- Mas e o conteúdo, você concorda?’ Pergunta o primeiro magistrado, ‘E precisa? A embalagem me satisfaz’. Para isso precisamos opor a nossa recusa, procurando inserir a responsabilidade do sujeito, sempre, insistindo no se que passa no cotidiano. É preciso, assim, resgatar a enunciação e a compreensão autêntica, via Hermenêutica Filosófica”. ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. *In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131.

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. *In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 171.

⁷⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 113.

processo, para então se voltar aos precedentes, inclusive para avaliar sua pertinência/aplicabilidade ao caso”⁷⁵⁰.

Prosseguem, salientando que “nesse ponto, teríamos a aprender com o *common law* que uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de precedentes”⁷⁵¹. Assim, invocado que seja o pronunciamento (ou padrão decisório), “o juiz deve dar-lhe o devido enfrentamento, seja para realizar a sua aplicação, seja para afastar a sua incidência”⁷⁵². Na primeira acepção, o julgador indicar os motivos determinantes do padrão decisório. Na segunda acepção, compete ao magistrado apontar a existência de singularidade no caso, a tal ponto que não possibilite o enquadramento do caso à “moldura” do padrão decisório, através do exercício do *distinguishing*⁷⁵³ ou, mesmo, através do exercício da técnica da superação (*overruling*)⁷⁵⁴.⁷⁵⁵

Acerca do tema, outrossim, relevante o alerta feito por Dierle Nunes e Rafaela Lacerda, quando enunciam vários pontos críticos na aplicação atual da jurisprudência e principalmente da formação dos precedentes no sistema processual brasileiro. Segundo o enfoque destes:

⁷⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 345.

⁷⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 346.

⁷⁵² DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. *In*: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 699.

⁷⁵³ “Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante – o precedente aplica-se ao caso. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante no precedente, isto é, se existirem peculiaridade fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-se a aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*).” MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 94.

⁷⁵⁴ “A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica). Quando o precedente carece de dupla coerência e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado.” MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

⁷⁵⁵ Garantindo a sistematicidade, convém alertar que acerca dos mecanismos de distinção e superação de padrões decisórios, o Capítulo 2.4 supra desta pesquisa, trabalha com mais vagar, profundidade e rigorismo técnico.

[...] há que enfatizar que, para o estabelecimento do precedente como fonte do direito e elemento de padronização decisória, várias providências se fazem necessárias: (i) os Tribunais devem consolidar e respeitar seu entendimento institucionalizado; (ii) reformas legislativas; (iii) deve ser adotada uma Teoria dos Precedentes adaptada para a realidade brasileira; (iv) deve haver uma mudança de paradigma e comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores, com a fiel aplicação dos precedentes estabelecidos, bem como com a qualidade das decisões proferidas. Deve haver a adoção de uma Teoria do Precedente que esclareça qual a força 'vinculativa' das decisões dos Tribunais Superiores. No caso de possuírem força vinculante, deve-se definir mecanismos idôneos de aplicação, distinção e superação do precedente vinculante. Além disso, caso subsista o julgamento por amostragem, é preciso que se julgue os casos percussores com identidade de fatos, com amplo debate e com aprofundamento jurídico da questão, sendo tarefa das instâncias inferiores manejar com maestria a técnica do *distinguishing* evitando desse modo a criação de injustiças por meio do *stare decisis*. (grifo do autor)⁷⁵⁶.

Não restam dúvidas de que o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais é o caminho constitucionalmente adequado para evitar-se a discricionariedade (e arbitrariedade, daí decorrente) positivista. O magistrado tem o dever de fundamentar suas decisões, até mesmo porque, “quem expressa um juízo de valor ou de dever está, via de regra, preparado para, quando solicitado”⁷⁵⁷ justificar suas razões. A adoção de uma teoria de padrões decisórios calcada nesse compromisso constitucional é o caminho para que as decisões judiciais fundamentadas em padrões decisórios vinculantes estejam eivadas de coerência, integridade e “consciência histórica”. A compreensão desse problema passa, pois, necessariamente por uma revolução do pensamento filosófico-jurídico, abandonando a ideia de que o direito está nas leis como a de que o direito é o que os juízes e os tribunais dizem⁷⁵⁸.

Em suma, a temática é complexa e as respostas (ou sua tentativa) é que poderão apontar para um modelo de padrões decisórios consentâneo com a crítica hermenêutica do direito, sempre levando em conta que, “em um modelo de Estado Democrático de Direito, toda e qualquer discussão a respeito de jurisdição e Poder Judiciário passa, necessariamente, pelo filtro da Constituição, que representa o pacto

⁷⁵⁶ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Precedentes - Primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 83, p. 58, jun./set. 2013.

⁷⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 49.

⁷⁵⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 142.

social que rege o povo que a subscreveu”⁷⁵⁹. Em outras palavras, a jurisdição deve ser gerada a partir do próprio texto Constitucional (compromissário e dirigente), guardando harmonia com os princípios fundamentais nele consagrados, porquanto seu papel de administração da justiça no caso concreto só pode ser revelado à luz de tais preceitos.

A verdade é que há algum tempo se vivencia no Brasil um crescente fortalecimento do uso de entendimentos passados pelos Tribunais (sobretudo os superiores) – vide, por exemplo, a criação de súmulas, orientações e súmulas vinculantes – como fundamento de decisões judiciais, “conduzindo a um peculiar movimento de convergência entre o nosso *civil law* com o *common law* e seu uso de precedentes”⁷⁶⁰.

É patente a tentativa de uso dos julgados dos tribunais superiores como se precedentes fossem, ou melhor, como se padrões decisórios vinculantes fossem, a tal ponto que o juiz (seja de qual grau for) “terá de avaliar o caso descrito no processo, para então se voltar aos precedentes, inclusive para avaliar sua pertinência/aplicabilidade ao caso”⁷⁶¹. É nesse contexto, que a jurisdição e o comportamento dos sujeitos processuais devem se alinhar ao modelo democrático de processo, com o reforço principiológico contido na norma constitucional e no próprio Código de Processo Civil em vigor que, “logo em seu capítulo introdutório menciona expressamente o princípio da boa-fé objetiva (art. 5º), da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º - teoria normativa da comparticipação), do contraditório como paridade de armas (art. 7º), de bilateralidade de audiência (art. 9º)”⁷⁶², de modo a impedir a potencial manutenção de regras ou estratégias que possibilitem decisões arbitrárias ou eivadas de solipismo.

⁷⁵⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 278.

⁷⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 345.

⁷⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 345.

⁷⁶² NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivum, 2015. p. 319.

4 DA ADOÇÃO DE CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

O capítulo derradeiro da tese, discutirá a existência ou não de critérios para a aplicação de padrões decisórios, em uma roupagem tipicamente brasileira. Para tanto, inicialmente, tratará dos elementos distintivos entre os conceitos jurídicos de jurisprudência, súmulas vinculantes e padrões decisórios, os quais serão apresentados como elementos essenciais para a adequada fundamentação das decisões judiciais em todas as suas instâncias. Nesse cenário, não espará da investigação os elementos da persuasão e vinculação dos padrões decisórios no direito brasileiro, a fim de que possa ser efetivamente reforçada vinculatividade dos precedentes, para fins de motivação dos pronunciamentos judiciais. Não se perderá de vista, outrossim, a absoluta importância e essencialidade do contraditório para fins de aplicação das decisões judiciais. Encerrandos o capítulo a partir da análise da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo, se está seria elemento balizador para fins de identificação de critérios para aplicação dos padrões decisórios no direito processual civil brasileiro

4.1 Da confusão existente entre *jurisprudência*, *súmulas vinculantes* e *padrões decisórios*: um necessário desvelar de significados para a adequada fundamentação das decisões judiciais

A utilização de uma teoria de padrões decisórios vinculantes – cuja acepção terminológica e metodológica é mais ampla do que somente falar-se em precedentes judiciais, conforme logo mas à frente se observará – para fins de fundamentação da decisão judicial, em quaisquer dos níveis de jurisdição, exige um esforço de todos os sujeitos processuais (juiz, partes, advogados, defensores e promotores de justiça), para uma correta e adequada adaptação a este paradigma de modelo de conduzir o processo e motivar decisões judiciais. Esse novo momento jurídico, processual e institucional, introduzido e parametrizado pelo Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, com efeito e conforme já explicitado nos capítulos antecedentes, exige, o respeito aos padrões decisórios vinculantes, sobretudo para fins de motivação dos julgados.

Evidentemente, não se pode simplesmente ignorar a realidade histórica, os hábitos e os contornos próprios do direito brasileiro, sendo necessária uma reformulação de postura e estabelecimento de critérios e paradigmas a serem observados pelo Poder Judiciário, “que precisa desenvolver e se comprometer com uma nova cultura jurídica e processual, além de uma conscientização dos operadores do Direito como um todo, especialmente da classe da advocacia”⁷⁶³, a qual tem a importante missão de – ao formular suas pretensões, defesas, recursos, sustentações orais e quaisquer manifestações no processo – direcionar as discussões e pleitos e estabelecer o ônus de adequada fundamentação das decisões judiciais, sobretudo daquelas que tem o condão se tornarem precedentes judiciais (persuasivos ou vinculantes), essenciais, sobretudo à segurança jurídica, equidade e previsibilidade de aplicação do direito.

Nessa linha, equivocado seria imaginar que (meramente) invocar um padrão decisório, uma ementa jurisprudencial ou uma súmula, seria suficiente para fundamentar-se determinado posicionamento jurídico. E aqui repousa uma das preocupações desta pesquisa, ou seja: a adequada aplicação de padrões decisórios exige que o intérprete esteja minimamente familiarizado e tenha a necessária compreensão a respeito dos significados, diferentes nuances e o respectivo alcance da jurisprudência, das súmulas vinculantes e dos padrões decisórios. Veja-se que em um único dispositivo legal (art. 926 do CPC 2015, antes referenciado), são feitas alusões a estes três institutos: jurisprudência, enunciado de súmula e precedente. Um leitor ou intérprete mais apressado, com efeito, poderia facilmente se confundir, aplicando ou por outro ou, ainda pior, considerando sinônimas essas três importantes categorias. E, conforme alertam Aurélio Viana e Dierle Nunes, enquanto as palavras *jurisprudência* e *súmulas* já são familiares aos juristas brasileiros, o mesmo não se pode de dizer dos *precedentes* – que aqui são tratados a partir do seu conceito mais amplo, que são os padrões decisórios – expressão que “passa ao largo de boa parte dos estudantes e práticos”⁷⁶⁴. Não resta dúvidas, nesse cenário, que a correta motivação de uma decisão judicial exige muito mais do que simplesmente citar uma jurisprudência, transcrever uma súmula ou mesmo referenciar um padrão decisório.

⁷⁶³ WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise, comparada Brasil-Alemanha*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 55.

⁷⁶⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: 2018. p. 203.

Considera-se insuficiente apenas invocar um padrão decisório ou uma súmula⁷⁶⁵. É compulsório ao magistrado, no momento de decidir, independentemente da espécie de padrão decisório utilizado⁷⁶⁶, indicar precisamente os seus *fundamentos determinantes* e, ato contínuo, demonstrar que o caso em julgamento, se adapta (coaduna) às razões de decidir do padrão decisório invocado⁷⁶⁷, tudo isso perpassado pelo contraditório e pelo amplo de direito de influência, conforme se depreende do próprio art. 927, §1º do Código de Processo Civil Brasileiro, o qual determina que os juízes e tribunais, na aplicação dos padrões decisórios, obrigatoriamente, devem observar o dever de motivação (art. 489, §1º do CPC 2015) e o direito fundamental ao contraditório (art. 10 do CPC 2015).

Contudo, compreender o modelo de padrões decisórios vinculantes, exige analisar os contornos conceituais e mesmo históricos da *jurisprudência*⁷⁶⁸, seja como fonte do direito, seja como elemento de fundamentação da pretensão e da decisão judicial, notadamente, no direito brasileiro. A respeito do significado da palavra “jurisprudência”, socorre-se da obra de Francisco Rosito, o qual fora absolutamente percuciente ao lecionar que o termo *jurisprudência* pode representar diversos sentidos no direito (histórico e hodierno). Explica o autor que na sua origem, jurisprudência poderia designar Ciência do Direito, tal qual se afirmava no direito romano⁷⁶⁹. Reforça, ainda, que na *common law* (ingleses e americanos) e na *civil law* (italianos e alemães), empregavam respectivamente “as palavras *jurisprudence*, *giurisprudenza* e

⁷⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.369.

⁷⁶⁶ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 107.

⁷⁶⁷ Ressaltando-se que o direito brasileiro não abre espaço para decisões não fundamentadas. Conforme enuncia Leonardo Carneiro da Cunha, “*Toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada (CF/1988, art. 93, inc. IX, CPC/2015, art. 11). Se toda e qualquer decisão há de ser motivada, não haverá fundamentação, caso se verifique uma das hipóteses descritas no §1º do art. 489. O dispositivo, enfim, aplica-se a toda e qualquer decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão*” (CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.370.) Em outras palavras: não aplicado corretamente o padrão decisório vinculante, tem-se que o dever de fundamentação não foi atendido.

⁷⁶⁸ “O termo jurisprudência – com o sentido que é normalmente empregado entre nós – é de origem francesa. Em determinado, como método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro, cujo parentesco mais próximo pode ser apontado com os assentos portugueses e com a máximas italianas. Em ambos os casos a influência sentida provém da tradição romano-canônica. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70-71.

⁷⁶⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 96.

*jurisprudenz*⁷⁷⁰ também querendo referir-se à ciência do direito, tal qual o direito romano já o fazia. Outrossim, jurisprudência também poderia designar algumas escolas que se destacaram no pensamento jurídico europeu, como é o caso da Jurisprudência analítica ou Escola analítica,

com suas classificações de normas e princípios, com o seu positivismo agravado e com o jusracionalismo de recurso que sempre a informa, na qual se destacavam Hobbes (1588-1679), Betham (1748-1832), Austin (1790-1859) e Hart (1907-1994) e a jurisprudência problemática, com realce à ideia básica de que o Direito é uma técnica de resolução de conflitos⁷⁷¹.

Além disso, jurisprudência (*juris e prudentia*) poderia vir a significar “sabedoria” e “prudência” na aplicação do direito, adquirida pela experiência e observação ao longo do tempo⁷⁷². Dessa forma, jurisprudência pode representar o *acervo de decisões* e num sentido amplo, pode referir-se ao conjunto de decisões dos tribunais e abranger tanto jurisprudência uniforme como divergente. Em sentido mais estrito, significa o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes, *representando uma interpretação constante e uniforme da regra geral.*⁷⁷³

Ao tratar da jurisprudência, suas escolas e correntes de pensamento, não seria justo deixar de referenciar as palavras de Marco Felix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Júnior que, citando os escritos de Lenio Streck, fazem referência expressa à jurisprudência dos conceitos, à jurisprudência dos interesses e à jurisprudência de valores⁷⁷⁴, as quais, constituindo-se correntes de pensamento relacionadas à desenvolvimento, fortalecimento e superação de dogmas relacionados ao formalismo jurídico, direito positivo e jusnaturalismo, não serão objeto de aprofundamento nesse trabalho.

Nesse viés histórico e conceitual daquilo que venha a ser *jurisprudência*, convém resgatar a lição de Rodolfo Camargo Mancuso o qual explica que “nas fontes romanas, a jurisprudência tinha o seu sentido atrelado à distribuição de justiça pelo

⁷⁷⁰ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97.

⁷⁷¹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97.

⁷⁷² ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 98.

⁷⁷³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 98.

⁷⁷⁴ JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 50.

Estado, através do pretor”⁷⁷⁵, fazendo referência, outrossim, “entre as palavras *jurisprudência* e *jurisdição*, está última significando literalmente dizer o direito”⁷⁷⁶. O autor, referenciando Ulpiano, leciona que o texto “*luris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”, significaria a célebre frase: “jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”⁷⁷⁷. Essa breve digressão releva importância para que se possa minimamente estudar-se o caso brasileiro. Sabidamente, o direito no Brasil foi marcadamente influenciado pela *civil law*, por ter sido colonizado por Portugal, cujo direito é absolutamente influenciado pelo direito romano⁷⁷⁸. Ocorre, todavia, que essa influência portuguesa no direito brasileiro⁷⁷⁹, carregou consigo, por exemplo, os assentos portugueses⁷⁸⁰ – enunciados judiciais que continham eficácia normativa vinculativa, com a finalidade de resolver dúvidas interpretativas decorrentes da aplicação da norma – “circunstância que leva a confirmar certa influência do instituto do precedente vinculativo no Brasil desde a origem da fase colonizadora portuguesa”⁷⁸¹. Quanto aos assentos portugueses⁷⁸², convém reiterar, eram “revestidos de eficácia vinculante”⁷⁸³, regime que perdurou até o advento da República. Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, “a doutrina coetânea mais abalizada, a seu turno, tinha consciência da relevância dos precedentes judiciais como subsídio útil à interpretação da legislação”⁷⁸⁴, podendo se vislumbrar destes marcos histórias a importância que o direito brasileiro sempre emprestou às citações de jurisprudência e até mesmo, decorrer daí, algum embrião ou origem de um futura ou possível teoria de precedentes judiciais no direito brasileiro.

⁷⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

⁷⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

⁷⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

⁷⁷⁸ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 37.

⁷⁷⁹ A respeito da influência dos assentos portugueses no direito brasileiro, aprofundar pesquisa na obra de FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 168-170, em capítulo específico ao tema.

⁷⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 233.

⁷⁸¹ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 38.

⁷⁸² A respeito do instituto dos assentos portugueses, ver por todos, NEVES. Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed. 1983.

⁷⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

⁷⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 233.

A influência da *civil law* no direito brasileiro foi essencial para que a lei, ainda nos dias de hoje, seja considerada a principal das fontes do direito. Sem discorrer-se sobre o acerto ou não dessa premissa, é importante salientar que na tradição da *civil law*, sobretudo em face das consequências sociais, jurídicas e institucionais decorrentes da Revolução Francesa, o direito “procurou abolir privilégios da nobreza e do clero, o conceito de segurança ou de certeza jurídica se confundia com a lei”⁷⁸⁵. Nesse momento histórico, acreditava-se que a lei refletia a vontade do povo e, por isso, deveria ser aplicada literalmente pelos juízes. Não se admitia, nessa quadra, que os juízes interpretassem as leis, justamente, “porque não se confiava na magistratura”⁷⁸⁶. Assim na tradição da *civil law*, a segurança jurídica dependia da vinculação estrita dos juízes à lei, negando aos órgãos jurisdicionais o poder de ir além da vontade concreta da lei. Em sentido diferente, a tradição da *common law*, a segurança jurídica estava baseada na segurança e da previsibilidade do *stare decisis*, isto é, na vinculação ou respeito obrigatório ao precedente⁷⁸⁷. A respeito da importância dos precedentes para a segurança jurídica, reporta-se novamente à lição de Karl Larenz: “de fato, os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por resoluções paradigmáticas – pelos precedentes – o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, à segurança jurídica”⁷⁸⁸.

Em verdade, o Brasil sempre esteve às voltas de um ambiente jurídico oscilante em termos de interpretação e fundamentação das decisões judiciais, e muito particularmente, no papel que a jurisprudência deve(ria) desempenhar na fundamentação da pretensão (porque sim, os Advogados, Defensores e Promotores usam da jurisprudência para justificar suas pretensões⁷⁸⁹) e na motivação de toda e qualquer decisão judicial, independentemente do grau de jurisdição. Veja-se, nesse plano, a obra de Emanuel de Almeida Sodré, que já em 1949 preocupa-se em estudar

⁷⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

⁷⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

⁷⁸⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 148.

⁷⁸⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 611.

⁷⁸⁹ E veja-se que fundamentar com base na jurisprudência não é algo novo e tampouco exclusivo do direito brasileiro. No direito italiano, Mario Bin, ao estudar os precedentes, já discorrera que “todos os advogados e juízes italianos trabalham, sobretudo, usando (e citando) a jurisprudência, mais do que a lei”. BIN, Mario. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995. p. 61.

os efeitos da jurisprudência, sob o prisma da segurança jurídica, unidade e uniformidade, ao referenciar que “jurisprudência – só obriga se constante e uniforme”, ao problematizar a questão envolvendo o respeito às decisões das Cortes superiores pelos Tribunais inferiores⁷⁹⁰.

Sempre houve quem encarasse a *jurisprudência* como forma de subsidiar a interpretação da legislação e quem “acreditava na liberdade decisória”⁷⁹¹ que visava a não estagnar a evolução do direito. Nesse viés, verifica-se, desde o Código Buzaid (Código de Processo Civil anterior, que vigorou entre os anos de 1973 e 2015), tentativas do legislador em introduzir técnicas processuais em que os tribunais pudessem assimilar a proposta de observância das decisões anteriores e superiores. Indica Alexandre Freitas Câmara serem “funções da jurisprudência: interpretar a lei, verificar a lei, humanizar a lei, suplementar a lei, rejuvenescer a lei”⁷⁹², concluindo que a jurisprudência é elemento integrante do conjunto de fontes do direito, sendo entendida, pois, “como o conjunto de decisões proferidas pelos tribunais, a respeito de uma determinada matéria, de forma uniforme, constante e coerente”⁷⁹³. Dessa forma, uma jurisprudência firme, constante e uniforme, dos tribunais brasileiros, sempre foi entendida como fonte de direito e, portanto, elemento essencial para construção do próprio direito.

Conseqüentemente, a jurisprudência é formada por esse conjunto de decisões uniformes, coerentes e reiteradas, instante que adquire eficácia, não vinculante, mas de autoridade no direito brasileiro. Nessa senda, adequada a referência de Eduardo Cambi, para quem “a uniformidade é ínsita à jurisprudência, que nada mais é do que a forma concordante com que os órgãos judiciários se pronunciam para resolver casos similares”⁷⁹⁴. Não há, nessa toada, como cogitar-se da existência de segurança jurídica se o direito for regido por convicções pessoais dos juízes, “uma vez que isso daria ensejo a decisões imprevistas e incontroláveis”⁷⁹⁵. Por isso, é indispensável o papel uniformizador da jurisprudência, sobretudo em relação

⁷⁹⁰ SODRÉ, Emanuel de Almeida. *Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme*. In: SODRÉ, Emanuel de Almeida. *Prática de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

⁷⁹¹ MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 38.

⁷⁹² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 129.

⁷⁹³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 129.

⁷⁹⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 150-151.

⁷⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

aos Tribunais Superiores, que devem esclarecer como os princípios e regras jurídicas devem ser interpretados⁷⁹⁶.

E aqui, pois, repousa uma primeira diferença conceitual entre *jurisprudência* e padrões decisórios. Ora, seguindo a lição de Michele Taruffo, quando se trata de padrão decisório⁷⁹⁷, trata-se da referência a uma decisão antecedente relativa a um caso particular, ao passo que a jurisprudência remete a uma pluralidade de decisões relacionados a diversos casos concretos⁷⁹⁸. E esta distinção é absolutamente importante porque, se de um lado a *ratio decidendi* de um precedente somente será aplicada a um caso posterior a partir da similaridade dos fatos dos casos; a *ratio decidendi* opera a partir daquilo que Guilherme Antunes da Cunha chamou de “interpenetração das questões de fato e de direito”.⁷⁹⁹ Assim, diferentemente do que ocorre com os precedentes, “os textos que constituem a jurisprudência não incluem quais as questões de fato teriam sido levadas em conta para a tomada de decisões”⁸⁰⁰.

Dessa forma, a sistemática mais recentemente observada no direito brasileiro – especialmente a partir do Código de Processo Civil Brasileiro – nesse viés, é “perfeitamente compatível com a tradição do ordenamento jurídico brasileiro, já que busca a construção de um sistema de padronização decisória que tem na jurisprudência (especialmente nos enunciados de súmula de jurisprudência dominante) uma das bases para a construção de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante.”⁸⁰¹

Sobre o tema, relevante a lição de Daniel Mitidiero, o qual sistematizou a experiência jurídica no direito brasileiro, no que tange ao uso da jurisprudência para fins de uniformidade do direito e segurança jurídica, em três momentos específicos: (i). busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressivas; (ii). busca pela

⁷⁹⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

⁷⁹⁷ Sinalando-se, nesse particular, que o autor faz referência à expressão precedente em seu ensaio e que nas linhas que se seguirão, restará justificada a opção deste trabalho ao termo *padrão decisório*.

⁷⁹⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 140, set. 2011.

⁷⁹⁹ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 111.

⁸⁰⁰ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 111.

⁸⁰¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 130.

uniformidade do direito, mediante técnicas repressivas e preventivas; (iii). busca pela unidade do direito mediante técnicas preventivas e repressivas⁸⁰².

Dessa forma, ao analisar-se o Código de Processo Civil de 1939⁸⁰³, verifica-se uma opção muito evidente um por uma “perspectiva cognitivista da atividade interpretativa e de exatidão do resultado”⁸⁰⁴, sendo a uniformidade do direito buscada basicamente por técnicas repressivas, notadamente por recursos destinados ao controle dos erros e acertos cometidos pelos órgãos jurisdicionais no julgamento das causas⁸⁰⁵, com eram, exemplificativamente, os *embargos de nulidade ou infringente* (cabíveis para reexame de julgamento não unânime⁸⁰⁶); o *recurso de revista* (cabível para o exame de divergência ocorrida em julgamento sobre o direito em tese⁸⁰⁷); e o *recurso extraordinário* (para controle da aplicação da lei federal e da Constituição perante o Supremo Tribunal Federal⁸⁰⁸). Mas aqui é importante lembrar que o CPC

⁸⁰² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 71.

⁸⁰³ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

⁸⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

⁸⁰⁶ CPC/1939. Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸⁰⁷ CPC/1939. Art. 853 - Conceder-se-á recursos de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupos de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas
§ 1º - Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma câmara, turma ou grupo de câmaras, que a adotou, ou as câmaras cíveis reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar.
§ 2º - A competência para o julgamento de recurso, em cada caso, será regulada pela Lei.
§ 3º Do acórdão que julgar o recurso de revista não é admissível interpor nova revista. BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸⁰⁸ CF/1937. Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

II - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

de 1939 é resultado de uma unificação de regras de processo anteriormente existentes e pretendeu “superar as mazelas de uma legislação extremamente ligada à tradição lusitana das Ordenações, que desconheciam os ecos da profunda reforma científica operada na ciência processual e presente na produção de estudiosos italianos e alemães da segunda metade do século XIX e início do século XX⁸⁰⁹.

Posteriormente, já no Código de Processo Civil de 1973⁸¹⁰, mas sobretudo após suas sucessivas reformas, o CPC 1973 passou a estimular ainda mais a adesão à jurisprudência, “outorgando poderes aos relatores dos recursos para realizarem julgamentos monocráticos”⁸¹¹ fundamentos no discurso da *jurisprudência dominante e em súmulas*⁸¹². Dessa forma, claramente, o legislador manteve as técnicas repressivas, assim como instituiu técnicas preventivas de controle da jurisprudência e do conteúdo das decisões. Com essa mesma finalidade, o CPC de 1973 passou a prever *julgamentos liminares de improcedência* (art. 285-A⁸¹³) e o *não recebimento de*

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa. BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 de 10 de novembro de 1937*. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸⁰⁹ JARDIM, Augusto Tanger. *Processo oral: entre a formação, transformação e reconstrução*. São Paulo: JusPodivum, 2022. p. 93.

⁸¹⁰ BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

⁸¹² CPC/1973. 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.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹³ CPC/1973. 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.

recursos de apelação (art. 518, §1º⁸¹⁴) quando a sentença recorrida estivesse fundada em súmulas (as quais passaram a ser chamadas de súmulas impeditivas de recursos. Em todos esses casos, o legislador procurou “estimular o órgão jurisdicional a aderir à jurisprudência dominante e a jurisprudência sumulada a fim de evitar julgamentos não uniformes”⁸¹⁵. Em mesmíssimo sentido, são os artigos 543-A⁸¹⁶ e 543-B⁸¹⁷,

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹⁴ CPC/1973. Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

⁸¹⁶ CPC/1973. Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹⁷ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

inseridos pela Lei 11.418/2006, os quais estabeleceram a regulamentação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e o art. 543-C, que permitia (na vigência do CPC 1973) que o Superior Tribunal de Justiça julgasse os recursos especiais por *amostragem*. Estas reformas, com efeito, intensificaram a ideia de estabilização do direito e uniformização das decisões judiciais.

Há ainda outros exemplos privilegiados de alterações legais e constitucionais cujo objetivo era o fortalecimento e tentativa de vinculação da jurisprudência nacional, tal como aquelas operadas, por exemplo, pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁸¹⁸, a qual estabeleceu: (i). efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §2, da Constituição da República⁸¹⁹); (ii). súmulas vinculantes, podem o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, aprová-las, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (art. 103-A, da Constituição da República⁸²⁰); (iii). a repercussão geral das

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁸¹⁸ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45 de 20 de dezembro de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

⁸¹⁹ CF/1988. Art. 102. [...]. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸²⁰ CF/1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

questões constitucionais discutidas no caso concreto, para fins de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição da República⁸²¹)

Nessa vereda, observa-se que durante o período de vigência do CPC 1973, a jurisprudência passou a ser denominada e conhecida como *jurisprudência dominante*, incorporando funções preventivas. As *súmulas*, nesse aspecto, passaram por uma importante transformação, convivendo nessa ordem jurídica como “*súmulas, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes*”⁸²². Ao tratar das súmulas, relevante a abordagem de Ronaldo Cramer, que explica que “*súmula é substantivo coletivo e significa o conjunto de enunciados representativos da jurisprudência de um tribunal*”⁸²³. Assim, o mais adequado seria afirmar-se a utilização do *enunciado da súmula* ao invés de referir-se apenas à *sumula*. Reforça, ainda, o mesmo autor que *súmula não é precedente*, “*mas a síntese da tese jurídica (ou norma jurídica) criada pelo precedente que retrata o entendimento consolidado do tribunal*”⁸²⁴. Ocorre, todavia, que muito embora a súmula não seja propriamente um precedente ou um padrão decisório, é sim um provimento judicial que representa o precedente que a originou. Assim, no sistema de padrões decisórios, a súmula não deve ser aplicada de forma automática ou autônoma, como se ela mesma fosse o próprio padrão decisório ou, ainda, um texto normativo.

As súmulas no direito brasileiro⁸²⁵ – se não foram idealizadas para isso – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸²¹ CF/1988. Art. 102. [...]. §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸²² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

⁸²³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 81.

⁸²⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 81.

⁸²⁵ Não é o escopo desse trabalho, mas para um olhar mais histórico acerca da origem das súmulas no direito brasileiro, ver por todos, PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de*

repetitivos, ainda que sua função devesse ser “garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade”⁸²⁶. Com efeito, e como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni, a justificativa apresentada para a utilização da súmulas foi “desafogar o judiciário”⁸²⁷, todavia, nunca se aludiu, “ao menos antes da ‘sumula vinculante’, que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fosse decididos de modo desigual”⁸²⁸.

Essa questão até pode ser apontada como uma crítica ou uma insuficiência técnico-argumentativa para a utilização das súmulas ou súmulas vinculantes (aqui um necessário esclarecimento: súmulas⁸²⁹ e súmulas vinculantes possuem definições jurídicas distintas entre si: as primeiras tem caráter meramente persuasivo e argumentativo, ao passo que a segunda, estabelecida pela Emenda Constitucional nº45/2004, tem eficácia vinculantes e de força obrigatória), mas neste trabalho, é utilizada para chamar atenção quanto às diferenças com aquilo que a *common law* denomina precedente. Definitivamente, súmulas e precedentes não são a mesma coisa, não se complementam e tampouco podem ser utilizadas como sinônimos ou aproximações conceituais. Aliás e conforme já restou estabelecido nas linhas antecedentes, na tradição da *common law*, a força do precedente reside no costume e na força da tradição, não estando estabelecida em alguma regra ou norma jurídica⁸³⁰. Em regra, o precedente já nasce com a condição de vinculante⁸³¹, sobretudo, pela força do instituto do *stare decisis*. Diferentemente daquilo que ocorre com as súmulas vinculantes, cuja obrigatoriedade de obediência surge no direito brasileiro (proveniente de uma tradição da *civil law*), através de Ementa à Constituição⁸³².

precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 45-48.

⁸²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 480.

⁸²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 480.

⁸²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 480.

⁸²⁹ “As súmulas são extratos da jurisprudência dos tribunais. A partir da consideração de consolidação de sua jurisprudência, o tribunal enuncia em súmula determinada tese jurídica. É um verbete geral e abstrato sobre uma questão jurídica enfrentada inúmeras vezes pelo tribunal. Como emanada de diversos julgados, refletindo tese jurídica exarada nos mesmos, mas sem compromissos com as circunstâncias específicas de cada qual, a súmula, propriamente se dissocia dos fatos da causa, pelo que dotada de pretensão de abstração e generalidade” MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 94-96.

⁸³⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 67.

⁸³¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 81.

⁸³² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45 de 20 de dezembro de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

Na doutrina de Lucas Buril de Macêdo, súmulas possuem um procedimento específico para sua criação, modificação e extinção, constituindo-se em atos jurídicos autônomos que não se confundem com a decisão judicial⁸³³. Diferentemente, o precedente é baseado em ato decisório como fonte do direito, gerado por uma eficácia anexa da decisão. As súmulas têm como hipótese fática permissiva de sua constituição a existência de vários precedentes – ainda que conflitantes, como no caso de incidente de uniformização de jurisprudência⁸³⁴. Sendo assim, fica perceptível a diferença lógica entre súmulas (vinculantes ou não) e precedentes: “estes são requisito de existência daquelas, e, portanto, é impossível a relação de identidade.”⁸³⁵

Enfatiza-se, nessa quadra, que a súmula brasileira, ao contrário dos precedentes da *common law*, vinculam pelo seu enunciado genérico e não pelos seus fundamentos determinantes. A súmulas meramente reproduzem a *cultura dos ementários* do direito brasileiro, mas, em verdade, devem passar por uma etapa interpretativa em sua aplicação, visto se tratarem de “textos como quaisquer artigos de lei e necessitam de interpretação”⁸³⁶. É necessário, pois, que fique assentada a impossibilidade de aplicação de súmulas descontextualizadas dos casos que a originaram. O precedente constitui-se em um critério normativo a ser seguido em novos casos, “nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução de precedentes, e, sim, de coisa julgada”⁸³⁷. As súmulas vinculantes, por seu turno e como eram no passado os *assentos portugueses*, desvincula-se do caso que a originou, impondo um “termo normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros, tal qual a lei”⁸³⁸, com dimensão não temporal, sem prazo de validade, passando a vigorar após sua publicização junto aos órgãos públicos oficiais.

Essa aplicação incorreta das súmulas, pois, decorre do costume jurídico, próprio da *civil law* de fazer subsunção entre a norma do dispositivo legal e o fato

⁸³³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 96.

⁸³⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 96.

⁸³⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 97.

⁸³⁶ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 115.

⁸³⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 69.

⁸³⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 70.

gerador⁸³⁹. Assim, as súmulas, quando vistas como enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que sua origem está nos casos concretos e, por isso mesmo, devem ser analisadas dentro do contexto em que encontram-se situados⁸⁴⁰. Deve-se se investigar os pressupostos jurídicos que deram origem à súmula, sem o que “jamais será possível tê-las como auxiliares no desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o alcance estendido ou restrito (*distinguishing*) para permitir a solução de um caso sob julgamento”⁸⁴¹.

Em verdade, como as súmulas não foram pensadas dentro de uma perspectiva de precedentes de acordo com a tradição da *civil law*, “os tribunais não tiveram sequer oportunidade de realmente confrontá-las com os casos que lhes eram submetidos”⁸⁴². A vinculação, dessa forma, não está no enunciado da súmula e tampouco em uma previsão legal, mas nos fundamentos determinantes constantes das decisões que a originaram⁸⁴³.

Destarte, a súmula não deve ser aplicada de forma segregada dos fundamentos que lhe justificaram a criação (promulgação). Nesse sentido, o próprio Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, estabelece em seu artigo 489, ser nula a decisão que invoca enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes. É absolutamente inadequado invocar precedente ou enunciado de súmula para fundamentar decisões judiciais, sem a correta e adequada identificação dos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*)⁸⁴⁴. Nesse sentido, aliás, é a redação dos Enunciados 166 e 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo os quais:

⁸³⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 82.

⁸⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 481.

⁸⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 481.

⁸⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 482.

⁸⁴³ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 670.

⁸⁴⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1.373-1.374.

- (i). Enunciado 166. (art. 926) A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente⁸⁴⁵.
- (ii). Enunciado 317. (art. 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.⁸⁴⁶

As súmulas, com efeito, constituem-se em enunciados que visam a retratar precedentes⁸⁴⁷, alocando-os em um nível acima do precedente. Por essa razão é que obviamente devem ater-se às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes, conforme se verifica da redação do art. 926, §2º do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015⁸⁴⁸. A respeito desse dispositivo legal, Daniel Mitidiero afirma que o legislador deveria ter previsto na norma que os *precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigado juízes e tribunais*⁸⁴⁹. Conclui afirmando que não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes⁸⁵⁰.

Por seu turno, relevante para a sistematização deste trabalho enunciar-se a opção em discutir a temática em voga a partir das definições técnicas de *padrão decisório*. Com efeito, para tal empresa, socorre-se da lição de Alexandre Freitas Câmara que, em sua já essencial e paradigmática obra “*Levando os Padrões Decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*”⁸⁵¹, explica que a denominação *padrões decisórios* não foi escolhida ao acaso, mas sim, decorrente, entre outros aspectos, da sua previsão legal contida no artigo 966, §5º do

⁸⁴⁵ ENUNCIADO nº 166. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em:

[www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁸⁴⁶ ENUNCIADO nº 317. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em:

[www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁸⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93.

⁸⁴⁸ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

⁸⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

⁸⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

⁸⁵¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Código de Processo Civil Brasileiro⁸⁵², a qual designa, genericamente, tanto alguns precedentes, como os enunciados de súmula⁸⁵³. Prossegue o autor, informando que “assim, são *padrões decisórios vinculantes* os precedentes e os enunciados de súmula que formalmente receberam, por imputação legal, eficácia vinculativa”⁸⁵⁴, conceituação técnica a qual se vincula esta pesquisa.

Nessa quadra, é relevantíssimo anotar que no direito brasileiro (tipicamente de inspiração jurídica da *civil law*), o termo *precedente* não terá o mesmo sentido e alcance do que aquele utilizado, de modo muito particular, em países da tradição da *common law*. Tal constatação, com efeito, decorre da circunstância de que no Brasil, não apenas os precedentes são dotados de eficácia vinculante, existindo, pois, outros *padrões decisórios* obrigatórios, como súmulas e súmulas vinculantes, conforme se pode observar nas hipóteses expressamente estabelecidas no art. 927 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Decorre dessa constatação, conforme bem assentado, por todos, nos escritos de Guilherme Antunes da Cunha, a opção pela

⁸⁵² Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

⁸⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. (Introdução).

⁸⁵⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. (Introdução).

terminologia *padrões decisórios*⁸⁵⁵, a qual é mais ampla, genérica e “engloba todas as espécies de atos que devem ser obrigatoriamente observados”⁸⁵⁶ por juízes e tribunais.

Em igual sentido, Ricardo Luiz Nicoli também faz eco ao uso da terminologia *padrões decisórios* e por razões muito semelhantes. Segundo o autor,

é inegável o aumento da importância dada ao direito judicial, ante as prescrições contidas no art. 926 do Código de Processo Civil, para que todos os tribunais uniformizem sua jurisprudência e editem súmulas da sua jurisprudência dominante e a necessidade de que todos os órgãos judiciais observem em seus julgamentos os provimentos judiciais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, que são aqui denominados por padrões decisórios e não por precedentes.⁸⁵⁷

Ressalta, ainda o autor, duas razões específicas para a sua decisão de sustentar a importância dos padrões decisórios como razão essencial de fundamentação das decisões judiciais: a *primeira*, porque o próprio Código de Processo Civil utiliza a unidade de ideia *padrão decisório* no art. 966, §5^o⁸⁵⁸ - reproduzindo o que Alexandre Câmara Freitas já havia enunciado em seus escritos, conforme antes referenciado. A *segunda* razão invocada pelo autor, faz referência ao fato de que a utilização do termo *precedente* seria muito mais afeita à tradição da *common law* e esse termo seria “muito diferente do que se denomina na prática forense como precedente”⁸⁵⁹ e até mesmo do sentido oferecido pelo Código de Processo Civil nos artigos 489, §1^o, incisos V e VI; 926, §2^o e 927, §5^o).

A partir destas perspectivas, quando se trata de precedentes neste trabalho, bem como de jurisprudência (dominante ou não), súmula (vinculante ou não), sempre estará se tratando de uma espécie de padrão decisório⁸⁶⁰, termo genérico que

⁸⁵⁵ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios*: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 29.

⁸⁵⁶ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios*: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 30.

⁸⁵⁷ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios*: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 57. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁵⁸ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios*: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 59. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁵⁹ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios*: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 59. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁶⁰ Reputa-se importante trazer-se a contribuição de Dierle Nunes a respeito da padronização decisória. O autor, um tanto diferente daquilo que vem se desenvolvendo neste trabalho, utiliza as expressões precedentes e padrões decisórios como sinônimos, mas no sentido de garantir um processo conformado pelos direitos fundamentais. Segundo seus escritos: “A profusão de demandas (litigiosidade em massa e repetitiva) exige a criação dogmática específica para seu

se refere a todas estas manifestações e pronunciamentos advindos da atividade jurisdicional e que podem ser abarcados pela previsão legal contida no art. 966, §5º do Código de Processo Civil de 2015, referido anteriormente.

4.2 Persuasão e vinculação dos padrões decisórios brasileiros: uma discussão em torno da força obrigatória dos padrões decisórios e sua compatibilidade com o direito processual civil brasileiro

Conforme já depreendido das linhas que se seguiram, a tradição jurídica da *common law* sustenta-se – em significativa medida – na força vinculante dos precedentes judiciais. Estes precedentes judiciais têm força vinculante a partir da doutrina do *stare decisis*, sendo que é a *ratio decidendi* do precedente o que realmente detém eficácia obrigatória⁸⁶¹. Assim, todos os demais argumentos contidos na fundamentação da decisão – e que não constituem núcleo do *fundamentos determinantes* – são tidos como *obiter dicta*, que, por sua vez têm eficácia meramente persuasiva. Tais constatações, para compreensão deste texto, devem ser tidas a partir da ideia de que o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, dentre várias alterações, veio a privilegiar os padrões decisórios que, proferidos em certas e determinadas condições legais, são dotados de eficácia vinculante ou obrigatória. A instauração de um modelo de padrões judiciais vinculantes no sistema jurídico brasileiro, ainda que já estivesse timidamente em andamento no âmbito das legislações anteriores, estabeleceu-se formalmente por meio da publicação do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 e visa à outorga de maior isonomia e segurança jurídica às decisões judiciais e aos casos concretos que são postos sob julgamento,

dimensionamento, e nestes termos, vem se defendendo no Brasil uma *padronização decisória preventiva*, com aplicação muito peculiar da jurisprudência como fonte imediata de aplicação do direito no nosso país”. Prossegue o autor, assinalando que “Pontue-se, contudo, que dentro do processualismo constitucional democrático, vimos fornecer alguns subsídios para esta discussão, ao mostrar que temos muito a aprender com a tradição da *common law* antes de nos valer de seu modo de aplicação, de forma completamente atabalhoada e mecânica, como os Tribunais e juízes brasileiros vêm, com recorrência, fazendo. [...] *O processo é garantia e a padronização de julgados (precedentes) deve ser formada e aplicada a partir deste pressuposto.*” NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 262-263.

⁸⁶¹ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 115.

as quais devem ser aplicadas por meio de adequada instrumentalização técnica de julgamento pelos tribunais⁸⁶².

Essa inserção da sistemática de padrões decisórios vinculantes no sistema jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição da *civil law*, demonstra claramente a progressiva aproximação das técnicas próprias dos sistemas jurídicos do *common law*, apesar das diferenças estruturais, os objetivos perseguidos pelos dois sistemas são coincidentes, pois buscam a garantia da estabilidade e previsibilidade do Direito.⁸⁶³ Veja-se que a valorização do direito jurisprudencial, em sentido amplo, gera:

(i) a possibilidade de se criarem institutos que levam à aceleração do procedimento; (ii) mais credibilidade em relação ao Poder Judiciário; (iii) progressiva diminuição da carga de trabalho do Judiciário, já que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade que existe sempre de que haja uma 'virada' estimula não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações⁸⁶⁴.

E, conforme reforça Teresa Arruda Alvim Wambier, “um dos traços mais marcantes do Novo Código de Processo Civil é justamente extrair todas as possíveis consequências positivas de se prestigiar a jurisprudência, não só, mas, principalmente, dos tribunais superiores”.

Nesse cenário jurídico e legislativo, o artigo 926 do Código de Processo Civil Brasileiro ao exigir que os tribunais *uniformizem* sua jurisprudência, *mantendo-a estável, íntegra e coerente*, deflui a sua natureza jurídica de princípio. Nada obstante, revela-se bastante sério e adequado o alerta feito por Dierle Nunes e André Frederico Hora, quando referem que “trabalhar com direito jurisprudencial não deve servir de atalho para, no atacado, resolver massivamente os casos que chegam ao Judiciário.”⁸⁶⁵ Prosseguem, concluindo que

se de um lado, a formatação de teses e de enunciados sumulares favorece a uniformidade do Direito e a previsibilidade e a confiança do jurisdicionado, de

⁸⁶² WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise, comparada Brasil-Alemanha*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 55.

⁸⁶³ WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise, comparada Brasil-Alemanha*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 55.

⁸⁶⁴ WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁸⁶⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivum, 2015. p. 325.

outro, não deve servir de escusa para o Judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhe são submetidos, aplicando ou deixado de aplicar, o direito jurisprudencial com base em razões de fato e de direito construídas compartilhadamente pelos sujeitos processuais⁸⁶⁶.

Ambos os dispositivos analisados – o art. 926 e o §1º do art. 489 do CPC 2015 – constituem, portanto, comandos orientativos e núcleo normativo para o desenvolvimento e a aplicação do direito jurisprudencial no Brasil.

E é aqui que repousam instigantes indagações quanto à aplicação dos padrões decisórios no direito brasileiro, seja tendo em vista as características próprias e apropriadas da *common law*, seja analisando-se o processo como um processo em contraditório, portanto, absolutamente constitucional e constitucionalizado: todo e qualquer padrão decisório produzido no direito brasileiro produz eficácia obrigatória ou vinculante? Quais seriam as condições necessárias para se alcançar essa vinculatividade? Quem produziria padrões decisórios vinculantes?

De modo geral, todos os sistemas e tradições jurídicas possuem precedentes judiciais. Bruno Augusto Sampaio Fuga chega a afirmar textualmente, que “independentemente da tradição jurídica, o precedente tem um efeito persuasivo, ou seja, o precedente deve ser enfrentado”⁸⁶⁷. A questão que traz divergência diz respeito à autoridade ou eficácia que é atribuída aos precedentes judiciais em cada tradição jurídica de cada ordenamento tomado sob análise. Assim, a partir da eficácia que é atribuída à norma gerada pelo precedente, é possível identificar se precedentes são vinculantes (obrigatórios) ou se os precedentes são persuasivos⁸⁶⁸. De todo modo, não é preciso dizer que em cada sistema jurídico, qualquer que seja ele, o precedente é dotado de diferente eficácia⁸⁶⁹. Resta inequívoco, dessa forma, que nos ordenamentos regidos pela *common law*, os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, “portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte de direito”⁸⁷⁰. De outra parte, “na órbita do direito codificado, por outro lado, predomina a orientação de

⁸⁶⁶ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivum, 2015. p. 325.

⁸⁶⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 234.

⁸⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivum, 2019. p. 86-87.

⁸⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

⁸⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

que a jurisprudência não goza de força vinculante”, prevalecendo a ideia de que o precedente tem eficácia meramente persuasiva⁸⁷¹. Ademais, essa classificação dos precedentes quanto à sua autoridade ou eficácia de vincular ou não de vincular outras decisões está ligada à hierarquia dos tribunais, isto é, relacionada à vinculação que existe entre o julgador do caso concreto e o precedente⁸⁷². Isso demonstra a importância ímpar de compreender-se a estrutura do Poder Judiciário para fins de funcionamento do *stare decisis*.⁸⁷³

Assim, em primeiro lugar, o próprio fundamento da obrigação de seguir precedentes judiciais – seja essa entendida em um sentido frágil (obrigação de levar em consideração o precedente) ou em sentido forte (obrigação de decidir segundo o precedente) – muda radicalmente⁸⁷⁴. A verdade é que o precedente deve ser seguido, não apenas porque eles constituem o direito, “mas porque os precedentes passam a ser vistos com uma exigência da própria ideia de *razão prática*”⁸⁷⁵.

Diante deste contexto, insta refletir que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm por função *interpretar* de forma adequada a Constituição e a legislação infraconstitucional federal, promovendo unidade do Direito mediante a formação de precedentes, os quais devem ser obrigatórios. Com isso, a atuação dessas Cortes Supremas situa-se no Estado Constitucional na medida em que a regra do *stare decisis* implica na adoção de um sistema de precedentes que visa a assegurar a igualdade de todos perante o Direito e promover a segurança jurídica⁸⁷⁶. Nas palavras de Daniel Mitidiero, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formariam precedentes⁸⁷⁷, entendimento compartilhado

⁸⁷¹ “Com efeito, é opinião corrente, sob esse aspecto, que as decisões judiciais não são consideradas fonte de produção do direito, mas apenas fonte de conhecimento do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não impõem ao juiz. O precedente, na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto. Apresenta-se, assim com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 13.

⁸⁷² MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 87.

⁸⁷³ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 87.

⁸⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 254.

⁸⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 254.

⁸⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

⁸⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83.

por Luiz Guilherme Maninoni⁸⁷⁸. Dessa forma, a partir deste raciocínio, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à *jurisprudência*, lido de outra forma, esses serão os *padrões decisórios persuasivos*.

Questão interessante e que releva nesse momento é se existiria a possibilidade de tribunais inferiores criarem padrões decisórios vinculantes. Com efeito, a compreensão de que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderiam estabelecer vinculação aos padrões decisórios pode ser incongruente se analisada de perto a sistemática do próprio Código de Processo Civil. Explica-se: o legislador, claramente estabeleceu força vinculante às decisões proferidas em alguns incidentes ou recursos julgados por Tribunais inferiores, criando, por exemplo, regramento próprio para o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no artigo 976⁸⁷⁹. Veja que uma vez julgado esse incidente, a *tese jurídica seria aplicada (i) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito; assim como (ii) aos casos futuros que servem idêntica questão de direito e venha a tramitar no território de competência do tribunal*, conforme se observa da redação do art. 985 do mesmo Código de Processo Civil Brasileiro⁸⁸⁰. A respeito dos efeitos do julgamento desse incidente, verifica-se a possibilidade de aplicação subsidiária e complementar do disposto no art. 1.040⁸⁸¹ (recursos repetitivos), do mesmo diploma legal. De toda

⁸⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 457-519.

⁸⁷⁹ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.

⁸⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁸⁸¹ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

forma, à toda evidente, a decisão no caso do julgamento do IRDR transparece um privilegiado modelo de padrão decisório de eficácia marcadamente vinculante⁸⁸², mas que pode ser estabelecido por um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Assim, precisa é a lição de Lucas Buril de Macêdo, o qual enuncia de forma muito clara que “no *stare decisis* brasileiro, os precedentes obrigatórios são provenientes das decisões dos Tribunais Superiores e, quando ocorre procedimento concentrado de formação de precedentes, também dos tribunais intermediários”⁸⁸³.

Em igual sentido e também para exemplificar a possibilidade de estabelecimento, por tribunal inferior, de padrão decisório com eficácia vinculante, é o disposto no artigo 947⁸⁸⁴, quando ao Incidente de Assunção de Competência (IAC).

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁸⁸² “A tese jurídica definida no julgamento do IRDR (ou no julgamento do recurso interposto para os tribunais superiores) deverá ser aplicada a todos os processos pendentes na área de abrangência do incidente em que se discuta a questão de direito que foi objeto do incidente. Irrelevante se esses processos estavam ou não suspensos enquanto o IRDR não era julgado. A tese jurídica estabelecida no incidente somente não ser aplicada se realizada, pelo órgão judiciário competente, a distinção (*distinguishing*) entre o caso concreto e a delimitação jurídica e os fatos projetos pelo tribunal no julgamento do IRDR. ROQUE, André. Comentários ao art. 985. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.431.

⁸⁸³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 378.

⁸⁸⁴ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF:

Nesse caso, o efeito vinculante da decisão é decorrente do próprio dispositivo legal, segundo o qual: “*acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.*” Para Zulmar Duarte, a decisão do incidente de assunção competência importa na formação de precedente qualificado, vinculando todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal, “somente podendo ser afastada nas hipóteses de superação do precedente ou pela apresentação de distinção relevante (art. 489, §1º, inciso VI)”⁸⁸⁵.

Dessa forma, justifica-se a ideia de que a função preponderante dos tribunais superiores é a de construção de padrões decisórios vinculantes, mas isso não impede e nem inviabiliza que os demais tribunais também possam ser criadores de padrões decisórios também dotados de eficácia obrigatória.

Para contribuir com essa questão, Ricardo Luiz Nicoli ressalta que o art. 927 do Código de Processo Civil não é o dispositivo legal instituidor de um sistema de precedentes vinculantes no direito Brasileiro, mas que “o legislador infraconstitucional, seguindo a sua tradição processual brasileira buscou valorizar a jurisprudência consolidada”⁸⁸⁶, fazendo essa referência para dizer que esse dispositivo legal, com efeito, não atribuiu a todos os provimentos judiciais, o efeito vinculante. Em verdade, o autor quer explicar que o Código de Processo Civil não atribui a mesma vinculatividade entre súmulas vinculantes e as decisões nas ações diretas de (in)constitucionalidade com os demais provimentos do art. 927, o que, “em tese, seria inconstitucional”; e que não seria o fato de alguns dos padrões decisórios de observância obrigatória previstos no art. 927 do CPC comportarem reclamação, que estabeleceria níveis de vinculação⁸⁸⁷.

Em apertada síntese, o Código de Processo Civil impõe aos os juízes e tribunais um dever de *coerência* e *integridade*, com suporte no respeito ao desenvolvimento institucional do direito, quer seja, a partir do respeito ao passado das decisões judiciais, estabelecido permanentemente e que somente se prescinde por

Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁸⁸⁵ DUARTE, Zulmar Comentários ao art. 947. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.346-1.347.

⁸⁸⁶ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 259. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁸⁷ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 262. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

meio de alteração legislativa ou do suporte fático, ou mesmo quando perde consistência com a realidade social⁸⁸⁸. Assim sendo, uma verdadeira teoria de padrões decisórios vinculantes deve levar em consideração que, muito embora a “jurisprudência dominante e as súmulas das Cortes de Justiça não estejam elencadas no rol de padrões decisórios estabelecidos no art. 927 do Código de Processo Civil, a principiologia constitucional impõe o dever de que as instâncias inferiores, para os casos semelhantes, observem as decisões anteriores, preservando a tradição do Direito Judicial e, conseqüentemente, garantindo um nível de aceitável certeza ao Direito e promoção de igualdade de tratamento aos jurisdicionados.⁸⁸⁹”

Compreender os padrões decisórios quanto à sua eficácia persuasiva ou vinculante, exige analisar diversos aspectos, nuance e disposições, a tal ponto que existem classificações diversas para esse mesmo tema. Dessa forma, padrões decisórios – sobretudo a sua *ratio decidendi* – criados a partir do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem eficácia vinculante, ao passo que os demais recebem eficácia meramente persuasiva⁸⁹⁰. Partindo dessa linha, para Hermes Zaneti Jr, a teoria dos precedentes é uma teoria para as cortes supremas, sendo elas as destinatárias principais, por serem o vértice do sistema e delas dependerem a uniformização do direito⁸⁹¹. Prossegue o autor, referindo que os precedentes judiciais se identificam mais com o processo realizado pelos tribunais superiores como resultado do *stare decisis*, “atingindo igualmente os tribunais e juízes de hierarquia inferior, os quais devem aplicar o conteúdo dos precedentes independentemente de suas razões”.⁸⁹²

A respeito do tema, a lição sempre percuciente de José Rogério Cruz e Tucci, ensina que o direito brasileiro adota um modelo misto quanto à eficácia e atribuição de autoridade aos precedentes judiciais, referindo a existência de (i)

⁸⁸⁸ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 263. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁸⁹ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 263. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

⁸⁹⁰ Ainda que preliminar, essa mesma ideia é compartilhada pelos escritos de CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 118.

⁸⁹¹ ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 313.

⁸⁹² ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 313.

precedentes de eficácia meramente persuasiva; (ii) precedentes com relativa eficácia vinculante e (iii) precedentes com eficácia vinculante.⁸⁹³ Por essa compreensão, os *precedentes de eficácia meramente persuasiva* ficariam relegados à jurisprudência em geral, “enaltecendo a posição da atividade judicial como força de expressão do direito”⁸⁹⁴, para definir que esses seriam precedentes sem eficácia obrigatória, “constituindo valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos”⁸⁹⁵. Já, os assim chamados *precedentes com relativa eficácia vinculante* (“*force de facto*”), seriam aqueles “precedentes sumulados”⁸⁹⁶ seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais “gozam de vigorosa força persuasiva (“*binding facto*”)”⁸⁹⁷, explicando ainda que embora “as súmulas não sejam lei em sentido formal, traduzem elas o entendimento reiterado dos tribunais no que diz respeito à interpretação de determinada questão”⁸⁹⁸.

Quanto aos *precedentes com eficácia vinculante*, em obra de José Rogério Cruz e Tucci – que precisa ser vista sob o olhar do Código de Processo Civil de 1973 em vigor à época da publicação do estudo (ano de 2012) – refere que possuem força obrigatória: (i) as Súmulas do STF; (ii). as decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; e (iii). as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos⁸⁹⁹. Mas mesmo que sob à égide do código revogado, o autor é preciso ao enunciar que “a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of*

⁸⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

⁸⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 113.

⁸⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 113.

⁸⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 114-115.

⁸⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 114-115.

⁸⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115.

⁸⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

law) e essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*⁹⁰⁰.

Ainda a respeito dessa eficácia persuasiva e/ou vinculante dos precedentes, Evaristo Aragão Santos, tratando exatamente do mesmo tema ora sob análise, quer seja, a existência ou não força obrigatória na aplicação dos precedentes judiciais (objeto desse sub-capítulo), apresenta contornos teóricos para diferenciar os precedentes judiciais em sentido *amplo* e os precedentes judiciais em sentido *estrito*.⁹⁰¹ Para o autor, o termo precedente designa uma decisão que independentemente de força vinculativa formal, “tem potencial para influenciar na solução de casos futuros”⁹⁰². Assim, para seu estudo, “toda decisão que tenha esse potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial”⁹⁰³. Assim, explica que, “enquanto o termo jurisprudência designa a massa de decisões, normalmente em sentido constante, produzida por determinado órgão judicial, o termo *precedente judicial, em sentido amplo*, expressa a ideia de uma decisão potencialmente relevante para influenciar no julgamento de outros casos futuros”⁹⁰⁴. Ao buscar um conceito para *precedente judicial em sentido estrito*, o autor pondera que “na prática, pelo termo *precedente* busca-se também designar um pronunciamento judicial que, por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes.”⁹⁰⁵ Por isso, refere o autor, seria possível falar da figura de um precedente judicial em sentido estrito, ou seja, aquela decisão específica que, efetivamente, serve (ou deveria servir) de paradigma para orientar a decisão de casos posteriores, concluindo que “no ambiente do *common law*, especialmente, considera-se precedente judicial em

⁹⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

⁹⁰¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143-149.

⁹⁰² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143.

⁹⁰³ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143.

⁹⁰⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 145.

⁹⁰⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 146.

sentido estrito, a decisão com eficácia vinculante para solução de casos posteriores e, dessa perspectiva, teria eficácia semelhante à norma jurídica”⁹⁰⁶.

E, tratando da autoridade dos precedentes no direito brasileiro, Teresa Arruda Alvim Wambier estabelece três graus de obrigatoriedade para os precedentes judiciais: forte, média e fraca⁹⁰⁷. A obrigatoriedade, nesse sentido, será *forte* quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim⁹⁰⁸. Consideram-se precedentes fortes, portanto, vinculantes e obrigatórios, dentro desta perspectiva, as decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivos (artigo 1.036 do Código de Processo Civil Brasileiro⁹⁰⁹) e em sede de reclamação (art. 988, inciso IV e §5º, inciso II do Código de Processo Civil Brasileiro⁹¹⁰). Outrossim, reputa-se, na classificação de

⁹⁰⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 146.

⁹⁰⁷ WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 277-279.

⁹⁰⁸ WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

⁹⁰⁹ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹¹⁰ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

Teresa Arruda Alvim Wambier, como de obrigatoriedade *média*, quando “seu desrespeito pode gerar a correção por meios não concebidos necessariamente para esse fim, como, por exemplo, os recursos”⁹¹¹. Por seu turno, a obrigatoriedade *fraca* é, segundo a autora: “apenas cultural, é aquela que decorre do bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar (justa expectativa da sociedade)”⁹¹². Concluí, salientando que o Código de Processo Civil de 2015 criou algumas hipóteses de obrigatoriedade forte de precedentes, casos em que, se forem estes desrespeitados, caberia à parte prejudicada manejar reclamação (artigo 988 CPC 2015)⁹¹³.

Seguindo essa mesma linha, Francisco Rosito enuncia que a força persuasiva de um precedente, “significa que a decisão, fora da controvérsias a que se refere, tem apenas uma autoridade de fato, moral, racional, cultural e política”⁹¹⁴, ou seja, “possui apenas uma capacidade persuasiva na argumentação jurídica, no confronto com outros juízos em casos análogos”⁹¹⁵. Já a força vinculante (*binding authority*) dos precedentes decorre da própria tradição da *common law*, no qual vigora a teoria dos *stare decisis*, que “significa a obrigatória observância, pelos juízos, dos precedentes decididos pelas cortes em superior posição hierárquica”⁹¹⁶.

De modo geral, com efeito, quando um Tribunal segue um padrão decisório, o fará porque está obrigado a assim agir ou porque o julgador está convencido de que a tese jurídica formulada no caso anterior é adequada ao caso sob julgamento. Assim,

§ 5º É inadmissível a reclamação

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹¹¹ WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

⁹¹² WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

⁹¹³ WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

⁹¹⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 130.

⁹¹⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 130.

⁹¹⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 130.

resta evidente a manifesta diferença entre “confiar determinada orientação proferida em dado padrão decisório e se convencer dessa determinada orientação”⁹¹⁷. Padrões decisórios vinculantes (*de eficácia vinculante, fortes* ou em sentido *estrito*), nessa vereda, devem ser respeitados por decorrência da confiança na sua autoridade (conquistada a partir dos seus fundamentos determinantes, da sua *ratio decidendi*, da sua coerência, da sua unidade e da força do *stare decisis*), ao passo que os padrões decisórios persuasivos (*de eficácia meramente persuasiva, fracos* ou de sentido *amplo*), são adotados porque as cortes se *convencem* das razões apresentadas⁹¹⁸.

Outro aspecto a levar em consideração sobre o tema é a eficácia horizontal e vertical dos precedentes⁹¹⁹, a qual restou apontada por Michele Taruffo, para quem, antes mesmo de se compreender a obrigatoriedade ou não de se seguir um precedente, deve-se observar a força e a direção do precedente⁹²⁰, ou do respectivo padrão decisório, para ser mais fiel à sistemática adotada nesse trabalho. Para chegar às suas conclusões, Michele Taruffo aduz ser *amplamente contestável* a distinção que comumente se faz entre precedente vinculante (típico dos ordenamentos de *common law*) e precedente persuasivo ou de fato (que seria típico dos ordenamentos de *civil law*). Para o autor, parece bem mais apropriado tratar acerca da força do precedente, para concluir o grau de intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas⁹²¹.

Pondera, ainda, Michele Taruffo não ser apropriado, segundo seu pensamento, dizer que o precedente do *common law* é vinculante, no sentido de que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do julgador posterior ao caso já julgado e tomado como referência, se ater. Para ele, é notório, que mesmo no sistema inglês, os juízes usam de “numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas”⁹²²,

⁹¹⁷ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 117.

⁹¹⁸ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 117.

⁹¹⁹ Essencial, sob este aspecto, mencionar a lição de José Rogério Cruz e Tucci, para quem “o precedente vertical, que vincula ou que potencia maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do precedente horizontal, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 13.

⁹²⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 147, set. 2011.

⁹²¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 147, set. 2011.

⁹²² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 147, set. 2011.

dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de que não se observar determinado precedente. Destaca ainda, que nos países vinculados a ordenamentos de *civil law* – como é o caso do direito brasileiro – o grau de força que é atribuído ao precedente é menor se comparado com os países vinculados à *common law*, mas nada impede que existam precedentes respeitáveis e persuasivos que venham a se impor aos juízes sucessivos. As estes, pondera o autor, “é deixado um espaço de possível divergência, condicionado, porém à indicação de razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de juízo diversa”⁹²³.

Assim, para esse pensamento, mais importante do que entender como se opera um precedente, é assimilar a direção em que o mesmo será aplicado, ou seja, “a relação que existe entre o órgão que pronunciou a decisão que vem assumida como precedente e o juiz do caso sucessivo”⁹²⁴. A força do precedente, em realidade, não se apresenta de maneira geral e de modo indiferenciado em relação a qualquer juiz, mas depende da sua direção⁹²⁵. A operação mais elementar dos precedentes se dá quando a sua direção é *vertical* (portanto de força *vinculante*)⁹²⁶, quer seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir o caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judicial. A vinculatividade dos precedentes judiciais dos órgãos superiores é mais relevante para o sistema processual, porque a inobservância dessas decisões é fortemente rechaçada e demonstra que certa insubordinação no respeito àquilo que restou definido pelo tribunal que se encontra em posição hierárquica superior⁹²⁷. Assim deve ficar assentado que o julgador ou tribunal que se encontre em posição de inferioridade hierárquica deve respeitar o padrão decisório que foi estabelecido pelo tribunal superior de hierarquia na organização judiciária⁹²⁸. A esse turno, reflete Michele Taruffo, a autoridade e respeito se relacionam com a

⁹²³ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 147, set. 2011.

⁹²⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 1478, set. 2011.

⁹²⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 148, set. 2011.

⁹²⁶ “Precedentes verticalmente vinculantes são aqueles que pressupõem a superioridade hierárquica do tribunal prolator, para que haja a obrigação de serem obedecidos. A vinculação vertical afeta os juízes e tribunais situados em posição inferior na hierarquia judiciária às decisões das cortes superiores, e é tida como decorrência lógica da organização judiciária, por conta da própria competência recursal”. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 89.

⁹²⁷ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 39.

⁹²⁸ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 39.

posição do órgão julgador, ou seja, quando mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis (vinculantes) são as suas decisões⁹²⁹. Dessa forma, a ideia de precedentes verticais se relaciona com a ligação hierárquica entre o órgão prolator da decisão e o tribunal ou juízo subsequente que se deparará com a norma do precedente⁹³⁰.

Por outro lado, será precedente *horizontal*⁹³¹ aquele que ostentar força persuasiva em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão⁹³². Os precedentes persuasivos, portanto, são aqueles que não precisam ser seguidos pelo julgador seguinte. Nessa hipótese, não há obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, “o julgamento pode dissentir da decisão anterior sem constituir erro”⁹³³. Os precedentes na tradição da *civil law* são tidos, geralmente, como pertencentes a essa categoria. Já, na *common law* as decisões de órgãos de outra jurisdição – como de estados diferentes nos Estados Unidos ou decisões de cortes de outros países ou organismos internacionais – e de tribunais hierarquicamente inferiores, são considerados precedentes meramente persuasivos⁹³⁴. Assim o sendo, o precedente persuasivo é utilizado como argumento para alguma decisão, não vinculando a solução dada ao caso anterior ao caso ser julgado.

Por seu turno e conforme já salientado, os precedentes obrigatórios são aqueles que geram o dever de observância da norma neles contida, para os julgadores subsequentes, devendo aplicá-las sob pena de “incorrer em erro quanto à aplicação do direito, que pode se revelar tanto como *error in iudicando* como *error in procedendo*”⁹³⁵. Assim, o julgador deve reconhecer a incidência da norma definida e

⁹²⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 148, set. 2011.

⁹³⁰ MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 39.

⁹³¹ “Precedentes horizontalmente vinculantes são aqueles que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator, ou seja, caso determinada decisão seja tomada, a norma que dela emana deve ser seguida pelo próprio tribunal ou juiz nos casos subsequentes. Em tal espécie de precedente não seria possível o afastamento da norma tida por correta para a solução de determinada situação”. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 89.

⁹³² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 147, set. 2011.

⁹³³ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 88.

⁹³⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 88.

⁹³⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 89.

gerada pela precedente judicial, ou ainda, “deverá tomar em consideração a norma do precedente”⁹³⁶ seja para adequá-la, seja para retirá-la do sistema.

Por fim, a autoridade vinculante prevista pelo artigo 927 do Código de Processo Civil Brasileiro, estabelece que determinados padrões decisórios já surgem no cenário jurídico processual com essa força obrigatória. Ademais e a partir destas perspectivas, entende-se que o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil Brasileiro abarca precedentes de natureza vinculante, “no sentido de serem enfrentados – o julgador, de corte superior ou nà, deve entregar a *ratio* do caso (CPC/2015, art. 489, §1º, VI)”⁹³⁷. Todavia, aqui cabe o alerta de que o fato de serem padrões decisórios vinculantes, “não profíbe a interpretação, devendo ficar clara a necessidade de demonstração, na motivação da decisão, do motivo pelo qual se aplica ou não o padrão decisório vinculante”.⁹³⁸ Tal constatação é decorrência direta da aplicação dos padrões decisórios, cuja principal finalidade é assegurar estabilidade e garantir uma correta e adequada fundamentação das decisões, na forma do art. 489, incisos V e VI do Código de Processo Civil. Note-se, portanto, que todo precedente (vinculante ou persuasivo) decorre de uma decisão judicial, cuja formação deve ser resultado de um procedimento que se desenvolva em absoluta conformidade com o modelo constitucional de processo, “observado, especialmente, o princípio do contraditório, o qual é garantia de democratização da formação da decisão”⁹³⁹.

Assim sendo, a imputação, por lei (Código de Processo Civil) ou pela Constituição da República (no caso de decisões do Supremo Tribunal de Justiça em controle de direto de constitucionalidade e dos enunciados de súmula vinculante), de autoridade obrigatória faz com que tais precedentes e enunciados de súmula detenham vocação para alcançar pessoas que não terão sido partes no. Processo em que proferida a decisão, que em outro processo, as vinculará⁹⁴⁰. De todo o exposto, pois, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, “resulta, então, uma necessidade de compensação sistêmica, consistente em abrir-se espaço para uma maior participação

⁹³⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 89.

⁹³⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 236.

⁹³⁸ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 120.

⁹³⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 185.

⁹⁴⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 185.

da sociedade no procedimento de construção desses padrões decisórios (precedentes ou enunciados de súmula) dotados de eficácia vinculante⁹⁴¹.

Dessa forma, se assegura um maior grau de contraditório, com a possibilidade de participação e influência na construção da decisão de pessoas e entidades (personificadas ou não) capazes de representar adequadamente os interesses e direitos que podem vir a ser alcançados nos processos futuros pela eficácia vinculante dos padrões decisórios⁹⁴². É nos procedimentos de construção de tais decisões ou enunciados que deve haver espaço para a participação das partes, todas em contraditório e respeitados os direitos fundamentais processuais. Em última consideração, se infere, pois, que a força vinculante dos padrões decisórios decorre não apenas da autoridade prolatora, mas sobretudo, na qualidade da respectiva fundamentação, assim, quanto mais adequado, justo e constitucionalizado for o processo, maior será a sua força vinculante e sua vitalidade enquanto padrão decisório.

4.3 O papel do contraditório na aplicação dos padrões decisórios para fins de fundamentação das decisões judiciais

Consoante vem sendo anunciado no decorrer deste trabalho, o estabelecimento de um modelo de padrões decisórios, a despeito de proporcionar a *unidade e desenvolvimento* do direito, a *clareza e generalidade*, a promoção da *igualdade*, o *fortalecimento* institucional, o *controle* do poder estatal, a *previsibilidade*, a *racionalidade* econômica e o *respeito* ao direito e responsabilidade⁹⁴³, somente pode ser concebido a partir da concepção do processo como um *procedimento em contraditório*⁹⁴⁴ e conformado aos valores e princípios estabelecidos na norma

⁹⁴¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 185.

⁹⁴² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 185.

⁹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103-112.

⁹⁴⁴ Deve-se à obra de Elio Fazzalari o desenvolvimento da teoria processo como procedimento em contraditório, como forma de superação do conceito de processo como relação jurídica processual (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 24). A ideia do processo como procedimento em contraditório tem origem, todavia, no direito administrativo, especificamente, a Aldo Sandulli. SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940.

constitucional, “com a observância de uma comparticipação qualificada, tanto subjetiva com objetivamente”⁹⁴⁵.

O *contraditório*, com efeito, apresenta-se no direito processual brasileiro como legítima garantia de não surpresa, “que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”⁹⁴⁶. Assim, a toda evidência, a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório.

O contraditório, aliás, princípio constitucional que detém inegável caris de direito fundamental, expressamente previsto no artigo 5º, inc. LV da Constituição da República⁹⁴⁷, deriva da garantia ao devido processo refletindo o ideal de democracia por meio da (com)participação e influência dos sujeitos no processo. Nesse sentido, aliás, Nelson Nery Júnior assenata que “é defeso ao julgador encurtar, diminuir o direito do litigante exteriorizar sua manifestação nos autos do processo”⁹⁴⁸. Conforme de deflui dos precisos ensinamentos de Darci Guimarães Ribeiro, este princípio é também conhecido coo da *bilateralidade da audiência* ou como *direito de ser ouvido legalmente*, decorre da tradução/adaptação do brocardo jurídico *auditur et altera pars*.⁹⁴⁹ O contraditório, pois, caracteriza-se pelo fato de o magistrado, “tendo o dever de ser imparcial, não poder julgar a demanda sem que tenha ouvido o autor e o réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de exporem, durante todo o procedimento, suas razões, mediante a prova e conforme seu direito”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 177.

⁹⁴⁶ NUNES, Dierle. *Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório*. Consultor Jurídico. São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em Disponível em: <http://www.https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁹⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁹⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 249.

⁹⁴⁹ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 117.

⁹⁵⁰ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

Nessa vereda, toda vez que o magistrado não exercitar ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento deve ser imediatamente invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*)⁹⁵¹. Dessa forma, o direito ao contraditório não incide sobre exclusivamente sobre a existência de poderes de decisão do juiz, “mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício”⁹⁵².

Tradicional e classicamente, o contraditório era tido como contraposição de argumentos antagônicos, ou seja, contentava-se ao mero direito de manifestação, pura e simples. Era como se o processo fosse visto como um jogo, apontando-se como a dinâmica do entrelaço entre uma tese sustentada pelo autor e uma antítese trazida pelo réu, ambas à espera da síntese trazida pelo juiz⁹⁵³. Esta visão, contudo, restou bastante ampliada e atualizada pelo Código de Processo Civil Brasileiro em vigor e por uma moderna e adequada interpretação do alcance do princípio do contraditório. Atualmente, não só o direito subjetivo às partes de serem ouvidas ou de se manifestar no processo, “mas principalmente a possibilidade de elas influenciarem o julgador, não admitindo, por consequência, qualquer espécie de surpresa”⁹⁵⁴. Além disso, é preciso restar fixado: o contraditório é absoluto e não admite exceções.⁹⁵⁵

O contraditório, pois, garante – de maneira ampla e inquestionável – a participação das partes e interessados, “numa renovada concepção de um

⁹⁵¹ NUNES, Dierle. *Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório*. Consultor Jurídico. São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em Disponível em: <http://www.https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁹⁵² NUNES, Dierle. *Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório*. Consultor Jurídico. São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em Disponível em: <http://www.https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 62-62.

⁹⁵⁴ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

⁹⁵⁵ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

contraditório como garantia de influência⁹⁵⁶, que induz e possibilita a participação de todos os potencialmente atingidos, dentro do processo coletivo⁹⁵⁷.

Esse direito fundamental processual – contraditório – restou devidamente positivado no Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, mais precisamente, mas não exclusivamente⁹⁵⁸, nos artigos 7º e 10 abaixo transcritos:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório⁹⁵⁹.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.⁹⁶⁰

Dessa feita, ao exigir que o magistrado profira decisões somente com base em elementos, de fato e de direito, que as partes tiveram a oportunidade de se manifestar previamente, o artigo 10, definitivamente, veda ao juiz a existência de decisão surpresa⁹⁶¹. Assim, esse viés do contraditório exige que todas as decisões judiciais se apoiem “tão somente em questões previamente debatidas entre as partes”⁹⁶². O juiz, portanto, não pode decidir, e muito menos fundamentar, com base em elementos que não foram previamente tratados – em nível de igualdade – entre as partes. A decisão não pode ser surpresa ou inesperada. Esse artigo 10, portanto, consolida o princípio constitucional do contraditório, como norma fundamental, indeclinável e essencial ao direito processual brasileiro.

⁹⁵⁶ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 273.

⁹⁵⁷ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 274.

⁹⁵⁸ Com efeito, além da Constituição da República e outros dispositivos específicos do Código de Processo Civil, é corrente que o contraditório é conformado, sobretudo, pelos artigos 6º, 7º, 9º e 10 do próprio CPC 2015.

⁹⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹⁶¹ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 155.

⁹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 648.

Outrossim, essencial anotar que a vedação de decisão surpresa, como expressão uma das expressões mais importantes do contraditório, atinge a todos os órgãos jurisdicionais⁹⁶³. Assim, em todos os graus de jurisdição, seja em julgamentos monocráticos, seja em julgamentos colegiados, os órgãos jurisdicionais não podem proferir decisão que contenha fundamento, de fato ou de direito, não oportunidade o diálogo entre os sujeitos processuais, sob pena de proferirem decisão surpresa, com afronta direta ao art. 10 do CP 2015 (antes transcrito) e ao princípio constitucional do contraditório⁹⁶⁴.

Dessa forma, caso o juiz, na sentença, traga fundamentos fáticos ou jurídicos que inovem a discussão processual, para além dos elementos problematizadores entre as partes, surpreendendo-as, haverá nítida nulidade da da sentença, decisão ou acórdão. Para além das razões já delineadas, num processo, o debate e a cognição devem se dar de modo mais “participativo”⁹⁶⁵, sob pena de não se obter a decisão mais adequada (legítima) além de permitir a formação de resultados ineficientes para a coletividade. Ao passo que, quando a decisão é proferida com debate (com respeito ao processo constitucional) o uso dos recursos é diminuído ou a sua chance de êxito é bastante minorada⁹⁶⁶. Isso porque, o primeiro debate ocorrido no juízo de primeiro grau, devidamente realizado, garante participação e influência adequadas dos argumentos de todos os sujeitos e impede a formação de decisões de surpresa⁹⁶⁷. Assim, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa não constituem obstáculo para obtenção de maior celeridade; pois que, um processo mal instruído, em que não houve a colocação clara dos pontos controvertidos é fonte geradora de um sem número de recursos, o que certamente em nada contribui para uma razoável duração do processo⁹⁶⁸.

⁹⁶³ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 163.

⁹⁶⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 164.

⁹⁶⁵ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 275.

⁹⁶⁶ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 275.

⁹⁶⁷ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 276.

⁹⁶⁸ NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 276.

No que pertine à aplicação do princípio do contraditório aos padrões decisórios, verifica-se claramente que este princípio constitucional desempenha papel absolutamente decisivo e central, a tal ponto que consta expressamente prevista sua aplicação no art. 927 do Código de Processo Civil Brasileiro, muito especialmente no §1º, conforme já salientado no decorrer deste trabalho

Efetivamente, a aplicação dos padrões decisórios qualificados exige (inexoravelmente) o debate prévio entre as partes. Inexiste espaço no direito brasileiro para manifestações judiciais arbitrárias ou que venham a desrespeitar o direito fundamental ao contraditório, “em que as questões ou perspectivas consideradas não restaram submetidas ao contraditório prévio entre as partes”⁹⁶⁹. O juiz não pode se considerar como sujeito isolado da cadeia processual, sendo seus atos e decisões dependentes de uma contínua relação dialética⁹⁷⁰, “em que a síntese não se separa da tese e da antítese apresentadas”⁹⁷¹. Dessa forma, mesmo na aplicação de um padrão decisório vinculante, o juiz ou tribunal devem submeter tal perspectiva jurídica previamente às partes⁹⁷². Resta evidenciado, portanto, que as decisões que determinam a aplicação de um padrão decisório não podem se limitar a invocá-lo sem identificar seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Nessa quadra, resta imprescindível realizar a análise da *ratio decidendi* do padrão decisório a ser aplicado, para confirmar sua “aptidão para regular o caso em apreço”⁹⁷³. A simples indicação de precedentes sem a demonstração da sua relação com o caso concreto, com efeito, não preenche o requisito constitucional da motivação das decisões judiciais. Da mesma forma, descabe simplesmente afastar a aplicação de um padrão decisório sem apontar adequadamente as situações que podem

⁹⁶⁹ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 927. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.307.

⁹⁷⁰ Para aprofundamento do estudo da dialética processual e o contraditório, ver, entre todos, RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 19-23.

⁹⁷¹ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 927. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.307.

⁹⁷² “A necessidade de um processo democrático para formação de precedentes (ou para a produção de quaisquer outros resultados jurídicos, sejam ou não padrões decisórios) é uma imposição constitucional. Não existe – e isto precisa ser dito com todas as letras – uma opção entre ser ou não democrático. A Democracia é uma exigência da Constituição da República, e não se pode cogitar de procedimentos jurídicos que não a observem.” CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 179.

⁹⁷³ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 927. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.307.

justificar a sua distinção com o caso sob análise. A realização adequada do *distinguishing*, nessa senda, é curial. Da mesma forma, conforme já salientado no Capítulo destinado à conceituação técnica do procedimento de superação de precedentes, deve ser observado o contraditório também quando for necessário realizar-se o *overruling*.⁹⁷⁴

E, conforme denota-se dos escritos de Bruno Augusto Sampaio Fuga, “a distinção e a superação são, portanto, técnicas de infirmarem a vinculação ao precedente”⁹⁷⁵. Com efeito, o dispositivo legal em comento, também se preocupa em evidenciar que, para deixar de aplicar um precedente obrigatório, o juiz ou tribunal deve *demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do seu entendimento*⁹⁷⁶. Aliás, trata-se de adequada previsão da necessidade de os juízes valerem-se das técnicas da distinção e da superação, por meio da qual, justificadamente, afastam nortearam a formação do próprio precedente⁹⁷⁷. Sinale-se, ademais, “que não modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, a fundamentação deve ser ainda mais qualificada, perscrutando a existência de razões jurídicas suficientes aquela alteração”⁹⁷⁸, levando-se em consideração ainda a possibilidade de sua preservação em face dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia⁹⁷⁹.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, “se o precedente é uma decisão judicial, sua formação precisa, necessariamente, dar-se em contraditório, nos precisos termos do disposto nos arts. 7º e 10 do CPC/2015”⁹⁸⁰. Disso decorre que,

⁹⁷⁴ Para uma análise mais adequada, ver Capítulo 2.4 dessa pesquisa.

⁹⁷⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 85.

⁹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326.

⁹⁷⁷ “Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para justificarem uma utilização séria da técnica do *distinguishing*, devem ser analisados como decisões que, caso desrespeitadas, são naturalmente sobrepostas àquelas dos tribunais ordinários – exceto, é claro, quando presentes os requisitos excepcionais para a própria revogação do precedente”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326-387.

⁹⁷⁸ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 927. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.307.

⁹⁷⁹ Art. 927, §4º: A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹⁸⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180.

conforme já dito antes, é sempre necessário justificar a aplicação de um padrão decisório. Deve-se, portanto, identificar-se a *ratio decidendi*, uma vez que “verificar se determinada situação de fato enquadra-se na categoria a que pertence o fato que por ele foi considerado, importa para analisar a extensão da sua aplicabilidade”⁹⁸¹. Assim, conforme elucida Luiz Guilherme Marinoni, “quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação”⁹⁸².

Dessa feita, na decisão judicial que aplica um padrão decisório, há que se justificar – também à luz do contraditório – os critérios que levaram à assimilação ou não dos fatos e, mais ainda, à adoção ou não das razões do precedente para a solução da situação fática sob análise⁹⁸³. Ou, conforme leciona Thomas da Rosa Bustamente, a decisão que determina a formação de um precedente de ser “internamente coerente, ou seja, as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc. que constam na fundamentação devem fazer sentido em conjunto (*make sense*), expressando uma ordem de princípios e valores comuns”⁹⁸⁴. Diante disto, se na elaboração do precedente é imprescindível situar as específicas circunstâncias de fato, na decisão que analisa sua aplicabilidade é indispensável fundamentar a compatibilidade ou não entre os fatos do precedente e os fatos sob julgamento⁹⁸⁵.

O reconhecimento do princípio do contraditório, nessa senda, ocorre em dois momentos distintos, quer seja, “o da criação do padrão decisório e o da sua aplicação a casos posteriores”⁹⁸⁶. Alexandre Freitas Câmara é bastante enfático ao afirmar que é preciso ter clara a necessidade de distinguir os dois momentos: o da formação e o de sua aplicação⁹⁸⁷. Alude o autor que “a formação dos precedentes, no sistema do CPC de 2015, é – e não poderia deixar de ser – perfeitamente compatível com a Constituição da República”. Há, contudo, diferentes procedimentos que podem

⁹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ quanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

⁹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ quanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

⁹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ quanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 200.

⁹⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 354-355.

⁹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ quanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 200.

⁹⁸⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180.

⁹⁸⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180.

levar à formação de decisões judiciais capazes de “funcionar como padrões decisórios”⁹⁸⁸, sendo que aqui se estabelece um dos elementos mais importantes: *é que o modo como se desenvolve o contraditório em cada um desses procedimentos será responsável por justificar a razão pela qual para alguns deles se atribui expressamente, eficácia vinculante, enquanto outros não têm essa eficácia*⁹⁸⁹.

Aqui, porém, relevante acusar uma importante constatação, a de que os padrões decisórios dotados de eficácia vinculante precisam, necessariamente, ser observados. E é necessário reconhecer a existência de mecanismos de controle dessa observância. À toda evidência é possível conceber o recurso como mecanismo de controle. Também a reclamação (artigo 988, incisos III e IV do Código de Processo Civil⁹⁹⁰) e a ação rescisória (artigo 966, inciso V, §5º do Código de Processo Civil⁹⁹¹) configuram-se em instrumentos de controle para a correta e adequada aplicação dos padrões decisórios.

Existe, com efeito, um sistema positivado determinando que seja realizada, em contraditório, análise da *ratio decidendi* (tanto do caso a ser julgado como o *paradigma*⁹⁹²), seja para contemplar o dever de motivação das decisões, seja para cumprir-se o disposto no art. 479, §1º, inciso VI; art. 1.037, §9º; art. 979, §2º, por exemplo, em que se afirma a necessidade de adequada fundamentação nos processos de distinção e superação de precedentes.

Veja-se, nesse quadrante, que a observância do contraditório quando da aplicação dos padrões decisórios é tema realmente essencialmente estudado e enfrentado pela comunidade jurídica brasileira, a tal ponto que foi incluído entre os

⁹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180.

⁹⁸⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180.

⁹⁹⁰ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

⁹⁹¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica;

[...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

⁹⁹² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 85.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, conforme observa-se das transcrições abaixo:

Enunciado nº 2. (arts. 10 e 927, §1º) Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório⁹⁹³.
 Enunciado nº 460. (arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*. (grifo do autor).⁹⁹⁴

O contraditório, nesse sentido, constitui-se elemento essencial para aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro, também sob o prisma de que os juízes devem assumir que o direito é estruturado por um conjunto íntegro e coerente de princípios sobre justiça, igualdade e devido processual legal, requerendo deles, que se efetivem esses princípios nos casos novos que venham perante eles, “de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa de acordo com as mesmas normas”⁹⁹⁵.

Em resumo, o respeito ao contraditório na prática judicial de aplicação dos padrões decisórios exige que se realize debate prévio para fins de observância dos padrões decisórios em um determinado caso concreto, assim como existe o dever de identificação precisa da similitude ou diferenciação entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação, distinção ou superação do entendimento contido na *ratio decidendi* do padrão decisório. Conforme já discriminado, estabelece o §1º do art. 927 do CPC 2015 a obrigatoriedade dos juízes e tribunais observarem o contraditório ao aplicarem o sistema de padrões decisórios, significando essa regra uma ordem clara: para decidir com base em padrões decisórios obrigatórios, antes de qualquer providência e “caso as partes ainda não tenham se manifestado sobre o caso paradigmático”⁹⁹⁶, o juiz ou tribunal deve intimá-las para viabilizar o pleno contraditório e evitar decisão-surpresa (que, consoante já explicitado, trata-se de decisão nula).

⁹⁹³ ENUNCIADO nº 2. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em:

[www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁹⁹⁴ ENUNCIADO nº 460. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em:

[www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

⁹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

⁹⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 367.

Com efeito, o ato de decidir pela aplicação, distinção ou superação de um padrão decisório, faz criar um ônus argumentativo e de fundamentação ao juiz ou tribunal, que deverá enfrentar os argumentos, postulações e alegações das partes e cumprimento ao que dispõe o art. 489, §1º, incisos V e VI e art. 927, §4º, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro, que estabelece, precisamente que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

4.4 Critérios para aplicação dos padrões decisórios no direito processual civil brasileiro: da aplicação dos dispositivos legais previstos no CPC 2015 à incidência da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça

Identificar parâmetros constitucionais adequados para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro tem sido uma das preocupações mais recorrentes da doutrina nacional, o que justifica nesse sentido, as inúmeras monografias, dissertações, teses e artigos em revistas especializadas que vêm sendo produzidos nos últimos tempos (sobretudo, pelo advento do CPC 2015), a respeito do tema. Trata-se, pois, não de uma mera preocupação com o tema em si, mas com uma renovada necessidade de se ater aos parâmetros da efetividade dos comandos judiciais, da necessidade de uma adequada fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, assim como a crescente necessidade por segurança jurídica, igualdade, unidade, coerência, estabilidade, uniformidade e previsibilidade na aplicação do direito e no momento de decidir.

O direito brasileiro, historicamente, não valoriza e não valorizou a sua jurisprudência, seus julgados, seus enunciados de súmula, em suma, dos seus padrões decisórios – provenientes ou não do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, aquilo que deveria ser uma atitude comum ou padrão entre juízes, advogados, defensores, promotores e todos os demais operadores do direito, quer seja, o dever de observância ao entendimento exarado pelas Cortes Superiores, parece efetivamente não ser a regra. As divergências originadas nos tribunais intermediários deveriam ser ampla e definitivamente decididas junto ao Supremo Tribunal Federal ou junto ao Superior Tribunal de Justiça, obedecidos os

respectivos critérios de competência constitucional. E, ainda que fosse admitida eventual controvérsia no âmbito de alguma destas Cortes Superiores, o respectivo Órgão Especial (nos termos e limites de seus Regimentos Internos), “deveria encerrar a divergência de uma vez por todas, pacificando a matéria objeto do julgado”⁹⁹⁷. Nada obstante essa evidência, quase lógica ou ética, não foi o que se observou no direito brasileiro, muito especialmente após a Constituição Republicana de 1988, conforme se depreende, entre outros, da crítica de Hélio Ricardo Diniz Krebs⁹⁹⁸.

Nessa quadra, resgatando o período legislativo anterior ao Código de Processo Civil de 2015, verificam-se inúmeras tentativas de fortalecimento da jurisprudência superior ou mesmo a atribuição de força vinculante para alguns tipos de decisões ou manifestações judiciais. Conforme já referenciado neste trabalho, houve a instituição da *súmula vinculante* (art. 103-A da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº45/2004), o *julgamento liminar de improcedência de causas repetitivas* (art. 285-A do CPC 1973, estabelecido em 2006); a *eficácia vinculante da decisão que nega repercussão geral* (art. 543-A, §5º do CPC 1973, em regramento introduzido em 2006); e outros mecanismos que, muito embora positivados, “careciam de uma compreensão mais apurada ou, até mesmo, de uma releitura”⁹⁹⁹.

Com efeito, destes mecanismos, apresentam especial destaque os efeitos vinculantes em (i) controle de constitucionalidade; (ii) recursos extraordinário e o recurso especial; (iii) embargos de divergência em recurso extraordinário ou especial; e (iv) incidente de uniformização de jurisprudência, e os poderes do relator previstos no art. 557 do CPC 1973¹⁰⁰⁰. Todos estes são elementos que visavam a um olhar diferente ao direito jurisprudencial, uma maior racionalidade no que tange à observância ao entendimento das Cortes Superiores e a criação de estruturas que permitissem garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

De modo geral, é necessário abandonar a prática de aplicar julgados e enunciados de súmulas provenientes de tribunais superiores, transcrevendo-os

⁹⁹⁷ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 55.

⁹⁹⁸ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 136-137.

⁹⁹⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 31.

¹⁰⁰⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 32.

aleatoriamente ou repetindo-os de maneira mecânica e descontextualizada dos fundamentos determinantes que lhes deram origem. Não há como fazer aplicar ementas e enunciados de súmulas como se lei fossem¹⁰⁰¹. De mesma forma, é de todo negativo, os julgamentos que desprezam as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar casos novos a partir de um marco zero interpretativo¹⁰⁰². Equivocado, na mesma medida, não levar em consideração julgados anteriores e o próprio caso sob julgamento. Andou bem Alexandre Câmara Freitas, nesse sentido, ao afirmar textualmente que o “funcionamento adequado (e, pois, constitucionalmente, legítimo) de um sistema de precedentes no Brasil, exige, entre outras coisas, uma mudança no modo de se decidir”¹⁰⁰³.

É absolutamente essencial que os julgadores abandonem procedimentos como o de se limitar a transcrever uma série de ementas, para em seguida dizer que ‘*ante os precedentes*’ decide-se por esta ou por aquela posição jurídica. Trata-se esse procedimento, justamente, “*aquilo que o inciso V do §6º do art. 489 do CPC/2015 se busca evitar*”¹⁰⁰⁴. Decidir conforme padrões decisórios deve ser diametralmente oposto a mera transcrição de ementas sem a correta e adequada identificação de seus fundamentos determinantes e a demonstração clara e inequívoca de que o caso sob julgamento se amolda àqueles fundamentos¹⁰⁰⁵.

A chegada do Código de Processo Civil de 2015 com toda as suas inovações, no que tange ao surgimento de uma teoria de padrões decisórios, muito especialmente ante as previsões contidas nos artigos 926 e 927, exige de todos os operadores uma “releitura necessária para adequação do sistema processual aos precedentes obrigatórios”¹⁰⁰⁶.

No direito brasileiro enfrenta-se o notório desafio de um sem números de casos que devem ser julgados, assim como a infinita diversidade de interpretações que podem ser outorgadas à lei, em um mesmo momento histórico. Isso, sem falar

¹⁰⁰¹ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 56.

¹⁰⁰² CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 56.

¹⁰⁰³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 145.

¹⁰⁰⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 149.

¹⁰⁰⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 140.

¹⁰⁰⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 32-33.

das demandas repetitivas que todo momento assolam o judiciário pátrio. Há tempos, Teresa Arruda Alvim Wambier reitera que “os sistemas devem fornecer elementos para que se tenha previsibilidade e para que se possa nele confiar”¹⁰⁰⁷. Diz a autora que os ingleses e algo-saxões, em geral, apreendem essa previsibilidade pelo respeito aos precedentes¹⁰⁰⁸. E vai além, para Teresa Arruda Alvim Wambier, muitos são os problemas em não se ter segurança, coerência e previsibilidade nas decisões judiciais, entre os quais:

1. negócios jurídicos frequentemente não são concluídos até que as partes possam ter certeza sobre os riscos jurídicos envolvidos e em que medida podem ser evitados [...];
2. A litigiosidade é estimulada nos casos duvidosos;
3. Transações podem ser inteiramente impedidas por causa da incerteza jurídica;
4. A incerteza compromete a força moral do direito; [...]
6. A administração da jurídica carecerá de uniformidade nos casos de incerteza do direito; [...]
9. Quando o direito é incerto o governo é dos homens e não da lei¹⁰⁰⁹.

Não se pode mais admitir que juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau, decidam reiteradamente de modo diferente questões que são absolutamente idênticas, seja quanto aos fatos, seja quanto ao direito a ser aplicado. Além disso, enfrenta-se também no Brasil outro fenômeno não desejável, consistente na frequente e abrupta alteração da orientação dominante dos tribunais¹⁰¹⁰ (aliás, bem distante daquilo que o art. 926 do CPC 2015 estabelece, ao exigir que a jurisprudência seja *uniforme, estável, íntegra e coerente*).

Veja, porém, que a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 surge para, dentre outros, aperfeiçoar os institutos já aplicados por ocasião da vigência do CPC 1973, mas agora, “reforçando a importância de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926)”¹⁰¹¹, assim como trouxe “novos institutos, além dos mecanismos para formação e aplicação de padrões decisórios, previstos no art. 927, que devem ser observados por juízes e tribunais em

¹⁰⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

¹⁰⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

¹⁰⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

¹⁰¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

¹⁰¹¹ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 195. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro). 195.

seus julgamentos”¹⁰¹². De outra parte, convém alertar que, muito embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha instituído importantes mecanismos para valorização da jurisprudência, eles não estabelecem ou criam uma nova tradição jurídica no direito processual brasileiro, “pois pela análise da história permite-se constatar que os endereços jurisprudências consolidados, principalmente das Cortes de Vértice, sempre foram invocados como fundamentos das sentenças, das petições dos atos e de textos doutrinários”¹⁰¹³.

Essencial nesse instante da tese, referenciar que é diferente o trato do precedente na *common law* e o no sistema recursal brasileiro, sendo estas, aliás, umas das razões pela qual se a opção de tratar o tema a partir da utilização da expressão *padrões decisório*. Alias, conforme já enunciado em linhas anteriores, o Código de Processo Civil de 2015 não conceitua o termo *precedente*, tendo, todavia, feito referência expressa a esta terminologia nos artigos 489, §1º, incisos V e VI; 926, §2º e 927, §5º. E ilustrativamente, convém chamar atenção para o fato de que, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o assunto recebe o tratamento de *precedentes qualificados*, conforme redação do art. 121-A:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

§1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para o julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo registro da matéria a ser decidida e, após, o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.

§2º Os precedentes qualificados deverão ser divulgados na internet, de forma sistematizada, com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases percorridas de seu procedimento.¹⁰¹⁴

Ora, se é correto afirmar que já não se admite mais a mera transcrição de ementas ou enunciados e sua aplicação como se *lei fosse*, sem que seja realizado o adequado cotejo analítico entre o caso concreto e o padrão decisório a ser utilizado –

¹⁰¹² NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 195. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

¹⁰¹³ NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 195. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

¹⁰¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF: STJ, 2022. p. 83-84. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 02 nov. 2022.

procedimento que, conforme já exaustivamente demonstrado, deve ser realizado em contraditório e devidamente fundamentado – e se é correto afirmar que não se tolera mais, aquilo que Eduardo Cambi optou por chamar de *jurisprudência lotérica*¹⁰¹⁵ em detrimento da necessária e adequada segurança jurídica (pautada na *uniformidade, estabilidade, integridade e coerência* dos padrões decisórios), transparece muito relevante entender (ou investigar) se existem critérios objetivos para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro, vale dizer: seria possível conceber a existência de um modelo (tipicamente) *à brasileira de aplicação de precedentes decisórios*?

Para tentar responder a esta indagação, os temas relacionados aos padrões decisórios passam a ser primordiais para o estabelecimento de um modelo brasileiro de aplicação de padrões decisórios. Não à toa, esse trabalho, ao longo de todos os seus capítulos e respectivos subtítulos, preocupou-se em investigar amiúde os principais aspectos históricos, culturais, jurídicos, interpretativos e legais que, de uma forma ou de outra, pudessem contribuir para a difícil missão de identificar a existência de *critérios* para a aplicação dos padrões decisórios no direito brasileiro. É, nesse sentido, essencial que uma teoria dos precedentes – adequada ao modelo e realidade do direito brasileiro – leve em consideração as peculiaridades da cultura do país, e “mais do que isso, sua conformação à estruturação jurídica e às contribuições teóricas que foram incorporadas historicamente”¹⁰¹⁶. Os *padrões decisórios à brasileira*, como substrato para fundamentação das decisões judiciais a partir dos enunciados normativos contidos no art. 93, inc. IX da Constituição da República e art. 489, §1º do CPC 2015, ao que tudo indica, tem se sustentado a partir do próprio Código que, “não somente conservou boa parte dos mecanismos vinculantes já existentes antes da sua entrada em vigor, mas também introduziu novos mecanismos”¹⁰¹⁷.

Veja-se nesse sentido que, primeiramente, já existem dispositivos legais estabelecidos no Código de Processo Civil de 2015 que, verdadeiramente, constituem

¹⁰¹⁵ “As litigâncias repetitivas e os inúmeros casos de decisões díspares proferidas para casos semelhantes levaram à necessidade de se adaptar as regras processuais a essa realidade e adotar mecanismos eficientes a fim de combater a “jurisprudência lotérica” CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 111, abr. 2011.

¹⁰¹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 33.

¹⁰¹⁷ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 65.

em ecos bastante relevantes para aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro:

- (i) *artigo 311, inciso II*¹⁰¹⁸: cabível a concessão de tutela da evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário) ou em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, nessa hipótese, nada mais se faz do que prestigiar o modelo de precedentes estabelecido pelo CPC 2015 (art. 927, inc. II);
- (ii). *artigo 332*¹⁰¹⁹: autoriza o juiz, nas ações que dispensam instrução probatória, julgar improcedente liminarmente o pedido, com fundamento em súmula Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, julgamento de casos repetitivos, julgamento de assunção de competência ou súmula do tribunal de justiça sobre direito local¹⁰²⁰. A decisão liminar de improcedência, pois, se relaciona à força vinculante dos padrões decisórios e dos enunciados de súmula (art. 927). Uma vez configurada alguma das hipóteses em análise, portanto, não poderá o magistrado deixar de proferir decisão liminar de improcedência, a não ser que o caso concreto contenha alguma distinção que o afaste do precedente ou do enunciado de súmula ou que o autor tenha suscitado a superação do precedente ou a revisão do enunciado de súmula trazendo argumento novo que nunca tenha sido apreciado (art. 927, §§2º a 4º)¹⁰²¹;
- (iii). *artigo 489, §1º, inciso V*¹⁰²²: exige que o juiz, ao aplicar um precedente, identifique os seus fundamentos determinantes e demonstre que o caso se

¹⁰¹⁸ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰¹⁹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰²⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48.

¹⁰²¹ ROQUE, André. Comentários ao art. 332: improcedência liminar do pedido. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 487.

¹⁰²² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

amolda nesses fundamentos¹⁰²³. Assim, 'decisões que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos'¹⁰²⁴ não se diz fundamentada;

(iv). *artigo 489, §1º, inciso IV*¹⁰²⁵: determina que o juiz, ao deixar de seguir um precedente, demonstre a distinção com o caso concreto ou a superação do entendimento¹⁰²⁶. Dessa feita, 'não se considerará fundamentada a decisão que não segue enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte'¹⁰²⁷. Por precedente invocado deve se entender a proposição jurídica apresentada pela parte, fazendo a correlação do precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência com a situação em apreciação. Nesse sentido, a parte é 'gravada pelo ônus argumentativo de trazer o precedente, o enunciado de súmula ou jurisprudência que pretende ver considerada'¹⁰²⁸. Deste exercício, com efeito, decorre o dever do juiz analisar o precedente, o enunciado de súmula ou jurisprudência, sempre em contraditório (art. 10);

(v). *artigo 496, §4º*¹⁰²⁹: estabelece a dispensa da remessa necessária, se a sentença em face da Fazenda Pública estiver de acordo com súmula de tribunal superior, julgamento de casos repetitivos e julgamento de assunção de competência¹⁰³⁰. Assim, não se realizará remessa necessária quando a

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. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰²³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

¹⁰²⁴ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz et al. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 696.

¹⁰²⁵ Art. 489, §1º. Inciso 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. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰²⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

¹⁰²⁷ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz et al. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 699.

¹⁰²⁸ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz et al. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 699.

¹⁰²⁹ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰³⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

sentença está pautada em súmula do tribunal superior, acórdão prolatado em sede repetitivos (IRDR), recursos especiais e extraordinários repetitivos. Conforme se denota no art. 927, o CPC 2015 erigiu sistema de precedentes qualificados que 'colmata todo o procedimento comum, servindo, inclusive para dispensar a remessa necessária'¹⁰³¹;

(vi). *artigo 521, inciso IV*¹⁰³²: não será exigida caução para o cumprimento provisório da sentença, no caso de a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Essa dispensa, outrossim, pode ocorrer ainda, se o julgado a ser cumprido estiver em consonância com tese firmada em incidente de assunção de competência (Enunciado 136 da II Jornada de Direito Processual Civil), tem em vista que também se trata de precedente com eficácia vinculante (art. 927, inc. III e art. 947, §3º)¹⁰³³;

(vii). *artigo 926*: estabelece normas gerais sobre precedentes, mas afirma que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente¹⁰³⁴;

(viii). *artigo 927*¹⁰³⁵: define quais padrões decisórios ostentam força vinculante e estabelece regras sobre aplicação, modificação e publicidade do precedente¹⁰³⁶;

(ix). *art. 932 incisos IV e V*¹⁰³⁷: estabelece que o relator pode negar provimento (inciso IV), quando o recurso for contrário a súmula do STF, do

¹⁰³¹ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 714.

¹⁰³² Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: [...]

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰³³ ROQUE, André. Comentários ao art. 521: dispensa da caução no cumprimento provisório da sentença. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 773.

¹⁰³⁴ Este dispositivo legal (art. 926) já foi objeto de transcrição e comentários durante todo o trabalho, razão pela qual, para evitar-se a mera repetição de comentários e discussões, reporta-se ao que já fora tratado sobre o tema;

¹⁰³⁵ Vide nota 1045 supra;

¹⁰³⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

¹⁰³⁷ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

V - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

STJ e do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos e nos casos de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Além disto, estabelece os casos em que o relator dará provimento (inciso V), quando a decisão recorrida for contrária a súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos e nos casos de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(x). *artigo 966*¹⁰³⁸: possibilidade de manejo de ação rescisória contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Nesse caso, o requisito é que o autor aponte que a decisão aplicou súmula ou repetitivo quando não era hipótese de ser aplicado este precedente¹⁰³⁹;

(xi). *artigo 988*¹⁰⁴⁰: dispositivo legal umbilicalmente ligado à teoria de padrões decisórios no direito brasileiro, na medida em que preserva a competência do tribunal e a autoridade das suas decisões judiciais, de forma a assegurar garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e observar acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰³⁸ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰³⁹ DELLORE, Luiz. Comentários ao art. 966: da ação rescisória. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.384.

¹⁰⁴⁰ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

(xii). *artigo 1.030*¹⁰⁴¹: esse dispositivo trata, muito especialmente, da tramitação do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, sendo regras complementadas pelo art. 1.029 quanto à interposição e pelos respectivos Regimentos do STF e do STJ;

(xiii). *Artigo 1.042*¹⁰⁴²: recurso cabível contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. (grifo nosso).

Tais dispositivos previstos no Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, aliados aos dispositivos constitucionais vigentes desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo STF – art. 102, §2º da Constituição da República; súmulas vinculantes mediante decisão de dois terços dos seus membros, aprová-las, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta – art. 103-A da Constituição da

¹⁰⁴¹ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰⁴² Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

República; a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto, para fins de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – art. 102, §3º da Constituição da República), demonstram delineamento de uma complexa estrutura legal e constituição de um modelo próprio de padrões decisórios no direito processual civil brasileiro.

Todas estas hipóteses legais e constitucionais, incontrovertidamente, oferecem um arcabouço jurídico próprio daquilo que se pode chamar de *padrões decisórios à brasileira*, ou seja, o modelo pátrio para aplicação de padrões decisórios vinculantes formados e desenvolvidos a partir da tradição jurisprudencial e modelo jurídico tipicamente brasileiros, a tal ponto que Bruno Augusto Sampaio Fuga chega a referir que a “junção desses fatores que torna o *precedente* com grande força vinculante”¹⁰⁴³. A justificar um modelo brasileiro, adequado e constitucionalmente assegurado de padrões decisórios vinculantes, vale-se da lição de Thomas da Rosa Bustamente, o qual leciona que quando a Constituição Republicana Brasileira “institucionaliza o princípio moral da igualdade ou da justiça formal, ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalizabilidade na aplicação do Direito”¹⁰⁴⁴, enaltecendo ainda a “regra constitucional de que todas as decisões judiciais sejam justificadas”¹⁰⁴⁵, de modo que “qualquer afastamento destas regras deve ser justificado por razões suficientemente fortes”¹⁰⁴⁶.

Nesse quadrante e de forma a literalmente estabelecer critérios objetivos para aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça, muito recentemente publicou a Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022, de forma que esta pesquisa restou frontalmente “*atropelada*” por uma regra institucional que, literalmente, enuncia de que forma os precedentes devem ser observados no direito brasileiro.

Veja-se, esse trabalho de pesquisa ora trazido a conhecimento da comunidade acadêmica, tinha como escopo investigar se existiriam critérios objetivos

¹⁰⁴³ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 85.

¹⁰⁴⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 326.

¹⁰⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 326.

¹⁰⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 326.

para a aplicação de padrões decisórios, no que se refere à fundamentação das decisões judiciais conformadas com o dever legal e constitucional de motivação de todos os pronunciamentos judiciais. A Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (134/2022), com efeito, muito antes de encerrar ou prejudicar a pesquisa, oferece privilegiado campo de análise e estudo, já a partir dos seus “*Considerandos*”, os quais deixam claros que a doutrina dos padrões decisórios à brasileira são aplicáveis tanto âmbito do direito processual civil (sobretudo, à luz dos artigos 926 e 926 do CPC 2105), como no âmbito do direito processual do trabalho (muito especialmente, à luz dos artigos 896-B¹⁰⁴⁷ e 896-C¹⁰⁴⁸ da Consolidação das Leis do Trabalho.

Todavia, para evitar-se aqueles “comentários artigo por artigo”, ou, “recomendação por recomendação”, o que sequer é objeto dessa pesquisa e tornaria exaustiva a leitura, dividir-se-ão os termos desta Recomendação do Conselho Nacional de Justiça a partir dos seguintes tópicos: (i). Conteúdo jurídico da recomendação; (ii). Procedimento técnicos a serem adotados; (iii). Mensagem aos julgadores e aos tribunais, de forma a questionar – criticamente e à luz do CPC 2015 e da doutrina – se realmente é possível concluir pela existência de critérios para a aplicação de padrões decisórios à brasileira, este sim, o escopo principal desta tese de doutoramento.

A Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça já no seu artigo 1º estabelece que

o sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁰⁴⁸ Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal. BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁰⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022.

Sobreleva, nessa previsão, a atenção em possibilitar ao jurisdicional segurança jurídica¹⁰⁵⁰ e não apenas a solução particular do seu conflito.

Numa primeira vista, transparece ser louvável a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, ao publicizar uma instrução voltada aos tribunais, juízes e operadores do direito, de forma que a utilização dos padrões decisórios no direito brasileiro pudesse ocorrer de maneira acurada, organizada e com critérios claros e objetivos, evitando-se confusões jurídicas, metodológicas e terminológicas. Criar – através de uma Recomendação pública e oficial – um ambiente de aplicação para os padrões decisórios, ante as profundas discussões havidas desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil (em 2015) e as principais regras sobre precedentes no direito brasileiro, realmente, parecia ser uma extraordinária oportunidade para se dirimir dúvidas, consolidar conceitos e entendimentos e, sobretudo, estabelecer critérios claros para que os precedentes vinculantes, efetivamente, cumprissem seu papel de contribuir para a segurança jurídica, assim como para manter a estabilidade, integridade e coerência do direito. Ocorre que, se estes foram os objetivos, efetivamente, a Recomendação nº 134/2022 (CNJ), ainda precisa ser objeto de profunda análise e reflexão, uma vez que se apresenta como um documento ainda insuficiente para estabelecer-se reais condições de estabilização dos padrões decisórios no direito brasileiro.

Do ponto de vista do *conteúdo jurídico*, a Recomendação nº 134/2022 (CNJ), muito especialmente nos artigos 2º, 5º, 7º, 9º, 10, 15, 16, 19, 22, 35, 41, 42, 43, 44, 47 e 49, é bastante enfática em trazer os principais elementos conformadores de uma teoria de padrões decisórios vinculantes no direito brasileiro.

A despeito de ser um instrumento ainda insuficiente, percebe-se uma real preocupação em utilizar a terminologia própria de maneira adequada. No decorrer destes artigos, a Recomendação nº 134/2022 (CNJ) faz referência expressa aos precedentes, aos fundamentos determinantes, confere a necessária importância à

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁰ A respeito da segurança jurídica e precedentes, Luiz Guilherme Marinoni indica que este valor de ser entendido como “estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determina conduta, indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser Estado de Direito.” Prossegue, indicando que a “a doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 121.

ratio decidendi, assim como realiza tratamento aos institutos da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*) de padrões decisórios.

Ainda quanto ao seu *conteúdo jurídico*, a Recomendação nº 134/2022 (CNJ) contempla dispositivos que tratam expressamente sobre o acesso à justiça, garantia de segurança jurídica, isonomia e equilíbrio entre as partes (entendida como paridade de armas), conforme redação do art. 7º¹⁰⁵¹. Estabelece, outrossim, a necessidade de que os tribunais observem precedentes em casos idênticos, a fim de aplicar a mesma razão determinante (*ratio decidendi*)¹⁰⁵². Na mesma quadra, saúda-se a previsão contida no art. 10 da Recomendação¹⁰⁵³, que faz referência direta à necessidade “menção expressa” sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou acolhimento de um precedente. O artigo 16 da Recomendação¹⁰⁵⁴, outrossim, contribui no sentido de chamar a atenção para que a questão jurídica trazida a juízo seja destacada sempre a partir de uma questão de direito e não de fato. Por outro lado, o art. 19 da Recomendação¹⁰⁵⁵ exige que o objeto da tese do

¹⁰⁵¹ Art. 7º Os meios de resolução concentrada de questões comuns de direito são importantes para o acesso à justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵² Art. 9º Recomenda-se que a observância dos precedentes dos tribunais superiores ocorra quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵³ Art. 10. Recomenda-se que haja menção expressa, na decisão, sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes (art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁴ Art. 16. A precisão na definição da questão jurídica ou das questões jurídicas a serem apreciadas, quando da afetação, é de grande importância e deve ser destacada a partir de: I – uma indagação geral e comum, presente em uma quantidade significativa de processos, podendo ser utilizada a técnica da especificação de questões; II – uma questão de direito e não de fato; III – controvérsia atual e relevante entre órgãos julgadores, pois, do contrário, não haverá interesse (necessidade-utilidade) para a instauração do incidente. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁵ Art. 19. Recomenda-se que o objeto da tese do precedente qualificado seja a questão jurídica controversa. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

precedente qualificado seja “uma questão jurídica controversa”, sem, contudo, explicar o que seria isso e em que hipóteses deve ser aplicada.

Considera-se, entretanto, importante a recomendação contida no art. 47¹⁰⁵⁶, no sentido que “o tribunal leve em consideração preferencialmente o momento da conduta da parte e a orientação jurisprudencial firme existente à época, para fixar parâmetros da eficácia temporal do novo precedente”. Essa justificação, conforme já enunciado nessa pesquisa, é essencial para adequada aplicação dos padrões decisórios.

No que pertine aos *Procedimentos técnicos a serem adotados* em face da Recomendação nº 134/2022 (CNJ), verifica-se que foram alinhados dispositivos que rementem quase que a um *manual de instruções* de como devem ser gerenciados, em cada processo, os padrões decisórios, muito especialmente quanto à sua criação e publicação. Muito especialmente os artigos 3º, 6º, 17, 18, 20, 21, 25, 29, 30 e 37, fazem referência aos procedimentos técnicos que devem ser adotados para fins de cumprimento da Recomendação.

Compreende-se a necessidade de regramento técnico sobre o tema, todavia, a Recomendação deixa a impressão de que se preocupou mais em dar vazão às suas regras próprias, do que propriamente subsidiar juízes e tribunais na correta e adequada utilização de precedentes ou mesmo oportunizar a participação das partes nesse processo. Veja-se, por exemplo, que existem pouquíssimas previsões a respeito de uma adequada preservação do princípio do contraditório. Mais do que isso e muito mais grave: a Recomendação não traz um artigo sequer prevendo a participação de Advogados, Defensores ou Promotores na constituição, aplicação, distinção ou superação de precedentes.

De modo particular, chama a atenção do disposto no art. 6º¹⁰⁵⁷, o qual faz referência expressa à ideia de que utilizar precedentes pode representar “técnicas de

¹⁰⁵⁶ Art. 47. Recomenda-se que o tribunal leve em consideração preferencialmente o momento da conduta da parte e a orientação jurisprudencial firme existente à época, para fixar parâmetros da eficácia temporal do novo precedente. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁷ Art. 6º A sistemática de solução de questões comuns e casos repetitivos, estabelecida pelo CPC/2015, deve ser utilizada com regularidade e representa uma técnica de gestão, processamento e julgamento dos processos, com a metodologia de decisão concentrada sobre questões essenciais de direito e a eventual suspensão de processos que versem sobre a controvérsia que está sendo decidida de modo concentrado. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento

gestão, processamento e julgamento” de processos, com metodologia de decisão concentrada sobre questões essenciais de direito. Nessa perspectiva, é a referência ao Banco Nacional de Precedentes, criado pela Resolução nº 444/2022 (CNJ), conforme redação do art. 20¹⁰⁵⁸. A Recomendação em referência (134/2022), ainda faz alusão aos procedimentos técnicos da suspensão dos processos em caso de julgamento de Incidente de Resolução de Demandada Repetitivas, art. 25¹⁰⁵⁹ e à comunicação dos órgãos jurisdicionais em relação à suspensão dos processos, art. 29¹⁰⁶⁰.

Convém, por fim, chamar atenção para o disposto no art. 37¹⁰⁶¹, no qual a Recomendação faz sugestão aos tribunais quanto à criação, no âmbito dos Juizados Especiais, órgãos uniformizadores da respectiva jurisprudência, para que possam, nos termos do art. 98 da Constituição da República¹⁰⁶², apreciar os Incidentes de

dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁸ Art. 20. Recomenda-se que a comunicação e o acesso às informações pertinentes aos precedentes sejam materializados mediante o registro nos bancos ou cadastros de precedentes dos tribunais e no Banco Nacional de Precedentes, nos termos da Recomendação CNJ nº 444/2022, e também de todas as demais formas possíveis, como divulgação no site dos tribunais, nas redes sociais, nos meios de comunicação de massa e outros que possam ser utilizados, de modo módico e eficiente. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁵⁹ Art. 25. A suspensão dos processos pendentes é elemento extremamente importante dentro da lógica do funcionamento e dos resultados pretendidos, sob o prisma do sistema dos julgamentos de questões comuns ou repetitivas, especialmente no que diz respeito à economia processual e, conseqüentemente, da própria duração razoável dos processos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶⁰ Art. 29. A comunicação dos órgãos jurisdicionais em relação à suspensão dos processos assume importância capital, na medida em que as partes dos processos suspensos devem ser intimadas da respectiva decisão. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶¹ Art. 37. Recomenda-se aos tribunais que criem, no âmbito dos Juizados Especiais, órgãos uniformizadores da respectiva jurisprudência, para que possam, nos termos do art. 98 da CRFB/1988, apreciar os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas suscitados a partir de processos da sua competência. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Resolução de Demandas Repetitivas suscitados a partir de processos da sua competência.

No ponto referente à *Mensagem aos julgadores e aos tribunais*, percebe-se o cuidado da Recomendação nº 134/2022 em estabelecer uma espécie de *diálogo* com o Judiciário, sobretudo, no sentido de demonstrar a importância de aplicação dos padrões decisórios na fundamentação das decisões judiciais, sempre que for invocada a *ratio decidendi* de outro caso já julgado. Observa-se seu conteúdo, muito especialmente nos artigos 8º, 11, 12, 13, 14, 23, 24, 26, 27, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 39, 40, 46 e 48. Nada obstante, chama atenção que a Recomendação não confere a necessária importância ao elemento vinculante dos padrões decisórios. Se por um lado, faz referência expressa à necessidade de segurança jurídica, a Recomendação parece não conferir o necessário peso aos precedentes, os quais visam a garantir unidade, previsibilidade, segurança, uniformidade, coerência e integridade do direito.

Sobrelevam nessa análise, muito particularmente, os artigos 8º, 9º e 10 que, pela sua importância, ora são transcritos abaixo:

Art. 8º Os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura.¹⁰⁶³

Art. 9º Recomenda-se que a observância dos precedentes dos tribunais superiores ocorra quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante.¹⁰⁶⁴

Art. 10. Recomenda-se que haja menção expressa, na decisão, sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes (art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015).¹⁰⁶⁵

Possivelmente, estes sejam os dispositivos mais relevantes da Recomendação, embora não tragam nenhuma novidade, muito especialmente, após

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

¹⁰⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

todas as discussões havidas deste antes da entrega em vigor ao Código de Processo Civil de 2015, desde a apresentação ao Anteprojeto de CPC. Já de longa data, se defende a ideia de conferir-se igualdade e segurança jurídica nos pronunciamentos judiciais, circunstância que, dentre outros aspectos, se obtém por meio de decisões judiciais devida e adequadamente fundamentadas e pelo respeito aos casos decididos.

O artigo 13¹⁰⁶⁶, contudo, traz importante contribuição, ao exigir que as teses: (i) sejam redigidas de forma clara, simples e objetiva; (ii) não contenham enunciados que envolvam mais de uma tese jurídica; (iii) indiquem brevemente e com precisão as circunstâncias fáticas as quais diz respeito. Em igual medida, a medida recomendada no parágrafo único do mesmo artigo deve ser saudada pelos operadores do direito, notadamente porque podem possibilitar uma busca mais efetiva e ágil de precedentes judiciais aplicáveis aos casos concretos.

Quanto ao artigo 14¹⁰⁶⁷, que recomenda procedimentos para a realização do *distinguishing* e do *overruling*, chama atenção (negativamente) a mais completa ausência de participação e influência das partes, o que resulta em evidente violação ao princípio do contraditório. Com efeito, transparece evidente que qualquer procedimento de distinção ou superação de precedente somente poderá ser realizado

¹⁰⁶⁶ Art. 13. Recomenda-se que as teses: I – sejam redigidas de forma clara, simples e objetiva; II – não contenham enunciados que envolvam mais de uma tese jurídica; III – indiquem brevemente e com precisão as circunstâncias fáticas as quais diz respeito;

Parágrafo único. Recomenda-se que os tribunais desenvolvam na PDPJ ferramentas de busca eficientes para localização do(s) acórdão(s) de que resultou a tese. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶⁷ Art. 14. Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*.

§ 1º Recomenda-se que, ao realizar a distinção (*distinguishing*), o juiz explicita, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratiodecidenti*) do precedente tido por inaplicável.

§ 2º A distinção (*distinguishing*) não deve ser considerada instrumento hábil para afastar a aplicação da legislação vigente, bem como estabelecer tese jurídica (*ratiodecidenti*) heterodoxa e em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto.

§ 3º Recomenda-se que o *distinguishing* não seja confundido e não seja utilizado como simples mecanismo de recusa à aplicação de tese consolidada.

§ 4º Recomenda-se considerar imprópria a utilização do *distinguishing* como via indireta de superação de precedentes (*overruling*). § 5º A indevida utilização do *distinguishing* constitui vício de fundamentação (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015), o que pode ensejar a cassação da decisão. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

mediante procedimento em contraditório, sob pena de ser ferir de morte a própria essência do processo, tornando absolutamente nula a respectiva decisão. Ainda que seja louvável as previsões contidas nos §§4º e 5º, que repudiam a utilização da técnica da distinção e da superação como mecanismos de recusa de aplicação do padrão decisório vinculante, a ausência de contraditório torna a recomendação, praticamente, letra morta.

A Recomendação, todavia, acerta ao indicar no art. 27¹⁰⁶⁸, que a formação do precedente dentro de prazo razoável é fundamental para a consecução dos objetivos do sistema processual. Todavia, incorre em omissão insanável ao não condicionar a validade do precedente à correta e adequada fundamentação e cotejo analítico do caso a ser julgado. O precedente é uma decisão judicial e, portanto, não prescinde de motivação ampla e escorreita, estabelecida através de um devido processo legal e ampla participação dos sujeitos processuais (direito de participação e influência que, praticamente, definem o princípio do contraditório).

Quanto ao tema, o artigo 39¹⁰⁶⁹ – ainda que sem explicitar a forma, o método e procedimentos que devem ser adotados – faz menção expressa ao dever de fundamentação, no momento da aplicação do precedente, o que, inegavelmente é um acerto. Nada obstante, a previsão contida na Recomendação peca ao, novamente, cegar-se ao dever de realizar o cotejo analítico entre o caso julgado e o caso sob julgamento e ao omitir-se completamente em relação ao contraditório.

Finalmente, se saúda a previsão contida no artigo 48¹⁰⁷⁰, que recomenda que os tribunais analisem a pertinência da realização de audiências públicas e/ou de oitiva de amici curiae “para fixação de modulação, quando necessária, da tese fixada”.

¹⁰⁶⁸ Art. 27. A formação do precedente dentro de prazo razoável é fundamental para a consecução dos objetivos do sistema processual. Parágrafo único. Recomenda-se que, diante da ausência de limitação expressa e da fórmula relativamente aberta, a exigir apenas a devida decisão fundamentada, inexistir restrição quanto à possibilidade de uma ou mais prorrogações, desde que este lapso temporal não acabe representando afronta ao acesso à justiça e à duração razoável dos processos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁶⁹ Art. 39. A aplicação do precedente envolve operação cognitiva e deve ser sempre devidamente fundamentada. Parágrafo único. Recomenda-se que o efeito vinculativo estabelecido se encontre limitado às questões e fundamentos que tenham sido suscitados e analisados no precedente.

¹⁰⁷⁰ Art. 48. Recomenda-se que os tribunais analisem a pertinência da realização de audiências públicas e/ou de oitiva de amicicuriaie para fixação de modulação, quando necessária, da tese fixada. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

A crítica que se faz é: porque não possibilitar esse procedimento para a fixação do próprio padrão decisório? A esse respeito, ver o Enunciado nº 460 do Fórum Permanente de Processualista Civis que, antes mesmo da publicação dessa Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, já indicava a pertinência técnica de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, inclusive, com a realização de audiências públicas e participação de *amicus curiae*¹⁰⁷¹.

De modo geral, a Recomendação traz elementos importantes, mas deixa escapar uma chance muito concreta de, efetivamente, estabelecer critérios mais claros e precisos para a aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro. Em apertada síntese, apontam-se os principais pontos de questionamento à Recomendação 134/2022 (CNU), como um todo: (i). não apresentou e nem ao menos ensaiou uma tentativa de conceituar precedentes para o direito brasileiro; (ii). em momento algum fez referência à existência de padrões decisórios; (iii). não realizou, em nenhuma medida, uma adequada diferenciação entre jurisprudência, enunciado de súmula e precedentes; (iv). concentrou muitos artigos e dispositivos para tratar basicamente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e no Incidente de Assunção de Competências, dando a entender que a aplicação de precedentes teria sua maior utilização em processos massificados; (v) em momento algum faz referência à necessidade de preservação da jurisprudência dos tribunais superiores que, nos termos do art. 926 do CPC 2015, deve manter-se estável, íntegra e coerente; (vi). não fez referência alguma aos padrões decisórios vinculantes estabelecidos no art. 927 do CPC 2015; (vii) foi absolutamente superficial em relação aos padrões decisórios previstos na Emenda Constituição nº 45/2004; (viii). nada refere a respeito da reclamação e da ação rescisório, como instrumentos para garantir-se o respeito aos padrões decisórios; (ix). nada refere a respeito da relevância da questão federal (Emenda Constitucional nº 125/2022).

Todavia, a crítica mais importante que se faz em relação à Recomendação diz respeito à mais completa ausência de previsão quanto à participação das partes, seja na formação, seja na distinção, seja na superação do padrão decisório. Foram

¹⁰⁷¹ Enunciado nº 460. (arts. 927, §1º, 138) O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*. ENUNCIADO nº 460. In: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

absolutamente olvidados os direitos de participação e influência das partes, com o que, a própria Recomendação pode perder muito de sua aplicação prática ou mesmo, ter muitos dispositivos considerados inconstitucionais.

Em suma, a Recomendação nº 134/2022 (CNJ) muito pouco ou quase nada contribui para responder se existem critérios seguros para a conformação de um modelo brasileiro de aplicação dos padrões decisórios. De fato e conforme já referido antes, aquilo que se poderia chamar de *padrões decisórios à brasileira*, na atual quadra da história do direito, tem se baseado, sobretudo, nos dispositivos legais estabelecidos no *Código de Processo Civil de 2015* e nas regras insculpidas na Constituição da República, notadamente, pelo advento da *Emenda Constituição nº 45/2004* (decisões de mérito proferidas pelo STF - art. 102, §2º da Constituição da República; súmulas vinculantes - art. 103-A da Constituição da República; a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto - art. 102, §3º da Constituição da República) e da *Emenda Constitucional nº 125/2022* (art. 105, §§2º e 3º da Constituição da República).

5 CONCLUSÃO

Desde a concepção deste trabalho, apresentação do Projeto de Pesquisa para seleção no Doutorado, passando pela Qualificação da Tese, até a sua escrita final, identificar o problema, sua importância e atualidade e devidamente enfrentá-lo, sempre foi o maior desafio. Afinal, seria possível identificar-se critérios claros e objetivos para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro, a partir da concepção básica de que todo jurisdicionando tem direito a uma resposta correta, adequada e conformada com a Constituição República? O desafio não era pequeno e se mostrou ainda mais complexo, com a elaboração desta tese, seja pelo aprofundamento dos estudos realizados, seja pela interpretação conferida pela doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

A hipótese lançada para a responder a este questionamento foi a de que o Código de Processo Civil de 2015, analisado de maneira conjunta e sistemática com a Constituição República e jurisprudência dos Tribunais, poderia oferecer subsídios jurídicos para o delineamento técnico e jurídico de critérios objetivos para aplicação de padrões decisórios à brasileira. Essa hipótese, contudo, recebeu instigante provocação ante a recentíssima publicação da Recomendação nº 134 de 09 de setembro de 2022, a qual dispõe sobre o tratamento dos precedentes no direito brasileiro.

Aquilo, todavia, que poderia talvez representar o fim da tese ou causar prejuízo para as conclusões da pesquisa em andamento, serviu, justamente, para auxiliar na construção deste trabalho, assim como possibilitar aprimorar as conclusões do estudo, notadamente, a respeito da identificação de critérios para aplicação dos padrões decisórios no direito brasileiro. Com efeito, foi possível realizar percuciente análise sobre a Recomendação em consonância com a legislação em vigor, assim como apontar que elementos estariam (ou não) em conflito com a doutrina dos padrões decisórios vinculantes.

De modo geral, ao fazer-se um balanço epistemológico da pesquisa realizada, foi possível sintetizar as principais ideias esculpidas nesta tese, muito especialmente quanto à necessidade de uma resposta hermeneuticamente correta, adequada e conformada com a Constituição, a qual exige que a decisão seja constante e concretamente justificada, a partir da reconstrução do direito (*coerência*,

coesão e integridade) e somente assim, atenderá ao comando do art. 93, inciso IX da Constituição da República e do art. 489, §1º do Código de Processo Civil brasileiro.

Em verdade, não cumprirá com a exigência constitucional de fundamentação das decisões, o pronunciamento judicial que contiver justificção meramente formal ou que aplicar os padrões decisórios em desacordo com o contraditório e sem realizar o necessário cotejo análitico entre o precedente e o caso sob julgamento. A resposta (decisão judicial) correta é aquela que pode ser justificada na própria Constituição, decorrendo daí sua indelével eficácia de direito fundamental. O Código de Processo Civil em vigor (CPC 2015), por seu turno e como uma das formas de justificar legalmente a existência de um direito fundamental à resposta correta, em vários de seus dispositivos, visa a criar as bases para a adoção de uma teoria de padrões decisórios interpretativamente vinculantes, assim como para instrumentalizar a parte, o advogado e o próprio Poder Judiciário com elementos processuais que venham a viabilizar a correta e adequada fundamentação das pretensões e das próprias decisões judiciais.

A força normativa, dirigente e compromissária da Constituição detém relação direta com a concretização de direitos fundamentais. Assim, somente uma decisão hermeneuticamente fundamentada tem condições de garantir o direito constitucional dos indivíduos de obterem do judiciário respostas corretas. Fundamentar não significa criar uma justificção posterior à decisão, pois não há uma cisão entre fundamentar e decidir. No mesmo sentido é essencial anotar que interpretar é aplicar, quer seja, é assentar sentido. Não subsiste, portanto, a tese de que primeiro o juiz decide e depois fundamenta. Resta imprescindível assentar-se a prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade).

O devido processo legal processual pátrio, nesta perspectiva, constitui o modelo mínimo de processo équo: uma vez que somente com um processo democrático, participativo, submetido ao contraditório e constitucional é que podem criar decisões justas e adequadas. O processo, a partir desta concepção constitucionalizada, revela-se muito mais do que um mero procedimento; o processo é um procedimento constitucional e em contraditório (direito de influenciar, de ser ouvido e de participar) e principiologicamente qualificado. A construção de um direito processual constitucional exige estrita observância princípios essenciais e

conformadores, notadamente do princípio da constitucionalidade, do princípio democrático, do sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social.

Junto ao devido processo legal (devido processo constitucional), o contraditório revela-se inerente à compreensão de um processo democrático, revelando a importância e indispensabilidade da participação do indivíduo na preparação do ato de poder, tornando o processo um verdadeiro ambiente de inspiração democrática. Decidir não pode ser sinônimo de escolher, porque a escolha é sempre parcial e, portanto, pode conter nível algum de discricionariedade. Manter a estabilidade e a integridade dos padrões decisórios vinculantes, notadamente para fins de fundamentação das decisões judiciais, afasta a arbitrariedade dos julgadores. A jurisprudência íntegra, nesse sentido, é uma jurisprudência construída de modo coeso, em que as decisões conversam entre si. Respeitar a integridade do direito exige que os juízes admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal, a fim de que apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

O magistrado não pode considerar sua decisão isoladamente, mas como mais um capítulo da história da jurisprudência (teoria *dworkiana* do romance em cadeia). A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta correta. Também os Tribunais Superiores (Supremas Cortes) devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas.

Para auxiliar na compreensão do modelo jurídico pátrio de padrões decisórios, imperioso voltar o olhar à *common law* e ao seu sistema de precedentes vinculantes. A *common law* inglesa é descrita como uma experiência jurídica fragmentada, não codificada e ancorada profundamente na tradição (cuja principal fonte é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito). Já a *civil law* carrega, a partir das bases da Revolução Francesa, dogmas e estruturas jurídicas diretamente vinculadas ao direito romano, na forma em que este foi compilado e codificado por Justiniano no século VI D.C. Na *common law*, a jurisprudência que vincula recebe nomes mais característicos que expressam seu verdadeiro sentido. Assim, é comumente chamada de *case law* ou precedentes vinculantes ou ainda *doctrine of stare decisis*.

O *stare decisis* tem a pretensão de garantir as finalidades do precedente: previsibilidade, equidade, consistência e estabilidade. O seu conceito básico geralmente admitido para o *stare decisis* pode ser encontrado no brocardo *stare rationibus decidendis* (isto é: as razões de decidir de casos anteriores). A dimensão *horizontal* (*stare decisis*), pode ser encontrada – por exemplo no direito processual civil brasileiro – no inciso V do art. 927 do CPC, o qual estabelece o dever de juízes e tribunais observarem a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A regra do *stare decisis* baseia-se na ideia de que a decisão do tribunal deve ser fonte do direito e, por isso mesmo, deveria ser observada nos casos análogos do futuro. O *stare decisis* reforça os valores essenciais do direito ligados à segurança jurídica, especialmente quanto à estabilidade e previsibilidade para os cidadãos, tornando mais seguro o modo de aplicação das normas jurídicas. Muito embora o *stare decisis* não seja sinônimo de teoria dos precedentes, uma verdadeira teoria de precedentes somente é viável quando se pressupor a adequação aplicação da regra do *stare decisis*. Isso ocorre porque uma teoria de precedentes exige vinculação entre o que foi decidido no momento passado (precedente) e o que está sendo decidido no momento presente (caso atual).

Por seu turno, imprescindível compreender-se os conceitos e diferenças entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A diferença entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, em suma, está centrada justamente na parcela obrigatória (*ratio decidendi*) de um padrão decisório (ou seja, aquilo que vincula) e a parcela não obrigatória (*obiter dictum*). Nas tradições jurídicas da *civil law*, por não atribuírem eficácia vinculante ao padrão decisório, inexistente preocupação doutrinária quanto à definição da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. O que contém a força vinculante é, na verdade, o princípio de direito desenvolvido na decisão, esse sim, chamado de *ratio decidendi* ou *holding*. A doutrina do precedente faz distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e o *obiter dictum*, ou seja, toda aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compressão da decisão e de seus motivos, não contribuem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.

Cada padrão decisório conterá a sua *ratio decidendi*, que configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. A *obiter dictum*

corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da lide. O que vincula, efetivamente, não é a fundamentação, mas a norma jurídica – *ratio decidendi* – construída a partir da fundamentação.

Na aplicação dos padrões decisórios, revela-se essencial observar os fenômenos da distinção e da superação dos precedentes. Assim, sinala-se que o *distinguishing* não altera o conteúdo do precedente em análise), mas apenas esclarece (realizando a técnica da distinção) há outro precedente a ser seguido para o caso posto em questão. Ao realizar-se a distinção não se está dizendo que o precedente é errado, mas apenas inaplicável à situação fática, jurídica ou probatória sob exame. Trata-se de uma *decisão de não aplicabilidade do precedente*. A adoção do *distinguishing* constitui numa forma que o sistema adota para manter a coerência de suas decisões e, ao mesmo tempo, justificar a não aplicação de determinado precedente. O juiz, portanto, realiza o *distinguishing* não para criar um direito novo, mas por entender que, seguindo o precedente estaria proferindo uma decisão inadequada.

Por outro lado, o juiz ou o tribunal pode afastar a aplicação de um padrão decisório indicando a sua superação (*overruling*) ou apresentando a distinção (*distinguishing*). Duas são as razões para se operar com o *overruling*: (i). impedir que a rígida adesão aos precedentes perpetue injustiças; (ii). impedir a estagnação do desenvolvimento do direito. Tem lugar o *overruling* quando um padrão decisório deixa de atender ao que determinam as condutas e as aspirações sociais, políticas e de experiência. A superação do padrão decisório ocorre apenas se forem verificadas as condições de superabilidade da norma e se estão materializadas na falta do padrão de congruência social e consistência sistêmica da norma do precedente.

A jurisprudência é formada por esse conjunto de decisões uniformes, coerentes e reiteradas, instante que adquire eficácia, não vinculante, mas de autoridade no direito brasileiro. No sistema de padrões decisórios, a súmula não deve ser aplicada de forma automática ou autônoma, como se ela mesma fosse o próprio padrão decisório ou, ainda, um texto normativo. As súmulas, com efeito, constituem-se em enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-os em um nível acima do precedente. São *padrões decisórios vinculantes* os precedentes e os enunciados de súmula que formalmente receberam, por imputação legal, eficácia vinculativa. A

força persuasiva de um precedente, significa que a decisão, fora das controvérsias a que se refere, tem apenas uma autoridade de fato, moral, racional, cultural e política. Já a força vinculante (*binding authority*) dos precedentes decorre da própria tradição da *common law*, no qual vigora a teoria dos *stare decisis*, que significa a obrigatória observância, pelos juízos, dos precedentes decididos pelas cortes em superior posição hierárquica.

O contraditório apresenta-se no direito processual brasileiro como legítima garantia de não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso. Efetivamente, a aplicação dos padrões decisórios qualificados exige (inexoravelmente) o debate prévio entre as partes, conforme dicção do artigo 927, §1º do Código de Processo Civil. O contraditório, nesse sentido, constitui-se elemento essencial para aplicação de padrões decisórios no direito brasileiro, também sob o prisma de que os juízes devem assumir que o direito é estruturado por um conjunto íntegro e coerente de princípios sobre justiça, igualdade e devido processual legal.

Diante de todos esse contexto jurídico, revela-se importante encontrar-se parâmetros constitucionais adequados para a aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro, o que justifica as inúmeras monografias, dissertações, teses e artigos em revistas especializadas que vêm sendo produzidos nos últimos tempos (sobretudo, pelo advento do CPC 2015), a respeito do tema. O direito processual pátrio, historicamente, não valorizou seus mais elementares padrões decisórios – provenientes ou não do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, aquilo que deveria ser uma atitude comum ou padrão entre juízes, advogados, defensores, promotores e todos os demais operadores do direito, ou seja, a observância ao entendimento exarado pelas Cortes Superiores, incontroversamente, nunca foi uma regra a ser seguida. E, por esse cenário, analisando o período legislativo anterior ao Código de Processo Civil de 2015, verificam-se inúmeras tentativas de fortalecimento da jurisprudência superior ou mesmo a atribuição de força vinculante para alguns tipos de decisões ou manifestações judiciais. Destes mecanismos, apresentam especial destaque os efeitos vinculantes em controle de constitucionalidade; recursos extraordinários e o recurso especial; embargos de divergência em recurso extraordinário ou especial; e incidente de uniformização de jurisprudência, assim como os poderes do relator previstos no art. 557 do CPC 1973.

Todos estes são elementos que visavam a um olhar diferente ao direito jurisprudencial, uma maior racionalidade no que tange à observância ao entendimento das Cortes Superiores e a criação de estruturas que permitissem garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados. A verdade é que não se pode admitir a aplicação ementas e enunciados de súmulas como se lei fossem, assim como não se pode admitir julgamentos que desprezam as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar casos novos a partir de um marco zero interpretativo. No mesmo sentido, julgar de acordo com os padrões decisórios deve ser diametralmente oposto a mera transcrição de ementas sem a correta e adequada identificação de seus fundamentos determinantes e a demonstração clara e inequívoca de que o caso sob julgamento se amolda àqueles fundamentos.

Não se pode aceitar que magistrados de primeira instância e tribunais de segundo grau, decidam reiteradamente de modo diferente questões que são absolutamente idênticas, seja quanto aos fatos, seja quanto ao direito a ser aplicado. Assim, as hipóteses legais e constitucionais ao tratarem do respeito à jurisprudência, incontroversamente, oferecem um arcabouço jurídico próprio daquilo que se pode chamar de *padrões decisórios à brasileira*, ou seja, o modelo pátrio para aplicação de padrões decisórios vinculantes formados e desenvolvidos a partir da tradição jurisprudencial e modelo jurídico tipicamente brasileiros, a tal ponto que o Conselho Nacional de Justiça, muito recentemente publicou a Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022, regra institucional que, literalmente, enuncia que critérios devem ser observado na aplicação dos padrões decisórios no direito brasileiro.

A Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022 traz elementos importantes para o estabelecimento de critérios claros para aplicação de uma teoria de padrões decisórios no direito brasileiro, mas, em apertada síntese, apontam-se os principais pontos de questionamento (crítica), notadamente, pois não apresentou e nem ao menos ensaiou uma tentativa de conceituar precedentes para o direito brasileiro; em momento algum fez referência à existência de padrões decisórios; não realizou, em nenhuma medida, uma adequada diferenciação entre jurisprudência, enunciado de súmula e precedentes; concentrou muitos artigos e dispositivos para tratar basicamente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e no Incidente de Assunção de Competências, dando a entender que a aplicação de precedentes teria sua maior utilização em processos massificados; em momento algum faz referência à necessidade de preservação da jurisprudência dos tribunais superiores

que, nos termos do art. 926 do CPC 2015, deve manter-se estável, íntegra e coerente; não fez referência alguma aos padrões decisórios vinculantes estabelecidos no art. 927 do CPC 2015; foi absolutamente superficial em relação aos padrões decisórios previstos na Emenda Constituição nº 45/2004; nada refere a respeito da reclamação e da ação rescisório, como instrumentos para garantir-se o respeito aos padrões decisórios; nada refere a respeito da relevância da questão federal (Emenda Constitucional nº 125/2022).

Sinala-se, outrossim, que a crítica mais importante que se faz em relação à Recomendação diz respeito à mais completa ausência de previsão quanto à participação das partes, seja na formação, seja na distinção, seja na superação do padrão decisório. Com efeito, foram absolutamente esquecidos os direitos de participação e influência das partes, com o que, a própria Recomendação pode perder muito de sua aplicação prática ou mesmo, ter muitos dispositivos considerados inconstitucionais.

Sopesadas todas as conclusões parciais obtidas nessa pesquisa e retomando o problema da pesquisa, fica evidenciado que os padrões decisórios brasileiros se encontram legitimados no direito brasileiro, seja por força da Ordem Constitucional, seja por força do próprio Código de Processo Civil de 2015, de forma que a existência de critérios para aplicação de padrões decisórios no âmbito do processo civil brasileiro resta justificada pelas próprias normas que os constituem e os conformam. Transparece, pois, que o modelo constitucional de processo civil estabelecido na Constituição da República e as regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo, ante ao reforço e releitura do princípio constitucional do contraditório, é que irão conferir a possibilidade de se estabelecer critérios mínimos de aplicação de padrões decisórios vinculantes. No mesmo sentido, o estabelecimento de regras para aplicação de precedentes, ante aos termos da Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022, reforça a premissa da existência de critérios para o estabelecimento de uma teoria de padrões decisórios à brasileira. Essa pesquisa, contudo, não encerra o tema. Muito há de ser investigado e pontuado, sobretudo, quanto aos efeitos que os padrões decisórios podem causar nas decisões judiciais e se, efetivamente, o direito processual civil brasileiro consegue conviver efetivamente com uma teoria de padrões decisórios brasileiros, como forma de se garantir estabilidade, coerência e integridade nas decisões judiciais proferidas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 262, p. 345-378, dez. 2016.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: SCRITTI Giuridici In Memoria Di Piero Calamandrei. Padova: CEDAM, 1958. v.1.
- ASSIS, Araken. *Manual de recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. London: Forgotten Books, 2018.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], n. 215, 1999.
- BARBOZA, Estefância Maria Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do common law e do civil law. *Revista de Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 116-130, 2015.
- BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição ocidental*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editoria Unisinos, 2006.
- BIN, Mario. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995.
- BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 de 10 de novembro de 1937*. Brasília, DF: Presidência da República, 1937.

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Constituição 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45 de 20 de dezembro de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. *Exposição de motivos do código de processo civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (Vigência). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF: STJ, 2022. p. 83-84. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 02 nov. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 60, apr./giugno 2005.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, abr. 2011.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, Amini Haddad. *Controle de precedentes: a conformação sistêmica da linguagem judicial dos indexadores de normatividade concreta*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedinas, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. *In: STUDI in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979. v. 1.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32. n. 152, out. 2007.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, ago. 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.157, p. 85-102, mar. 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022*. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Catálogo de teses e dissertações*. Brasília, DF: CAPES, 2022. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emilio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. O Estado de direito: história, teoria, crítica. *In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). O Estado de Direito entre o passado o futuro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COVER, Robert; FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 20.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 489. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. (coord.). Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DELLORE, Luiz. Comentários ao art. 1.037. *In: DELLORE, Luiz et al. Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DELLORE, Luiz. Comentários ao art. 966: da ação rescisória. *In: DELLORE, Luiz et al. Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

DIERLE, Nunes. Art. 1.037. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 947. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 489: dos elementos e dos efeitos da sentença. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 926. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 927. In: DELLORE, Luiz *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ENUNCIADO nº 166. In: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 2. In: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 306. In: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 317. In: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022) Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 318. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](http://www.diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 319. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](http://www.diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

ENUNCIADO nº 460. *In*: ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC (até 2022). Brasília, DF; 22 mar. 2022. Disponível em: [www.https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/](http://www.diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/). Acesso em: 19 out. 2022.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

GADAMER Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades na sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Reprint. Originally published: Boston: Little, 1881.

JARDIM, Augusto Tanger. *Processo oral: entre a formação, transformação e reconstrução*. São Paulo: JusPodivum, 2022.

JOAN PICÓ I JUNOY, *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex debet secundum allegata et probata no secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JOBIM, Marco Félix. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 408-412, nov. 2014.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. *Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, 1990. Texto traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profa. Vera Jacob de Fradera.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria Conceição Corte-Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. 1980.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric ante the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University, 2010.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: 2019.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 926. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Decisões judiciais e coerência no direito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 215-260, jul./set. 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. Art. 966. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 129-154, dez. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. *Precedente: formação e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2022.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casa Grande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MIRANDA, Victor de Vanconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1: Prólogo.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série (A importação de modelos jurídicos)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito)*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORELO, Augusto M. *El proceso justo*. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1994.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEDEL, Nathalie Kuczura. *Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed. 1983.

NICOLI, Ricardo Luiz. *Padrões decisórios: a função dos juízes e Cortes de Justiça no julgamento do caso concreto e na evolução do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2022. (Coleção estudos em homenagem a Darci Guimarães Ribeiro).

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. [S. l.], 14 maio 2009. Disponível em: <https://www.diritto.it/processo-civile-liberale-sociale-e-democratico/>. Acesso em 15 dez. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle. *Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório*. Consultor Jurídico. São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em Disponível em: <http://www.https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 02 nov. 2022.

NUNES, Dierle. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivum, 2015.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Precedentes - Primeiras conexões om o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 83, jun./set. 2013.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *Reversibilidade das tutelas de urgência: a ponta do iceberg*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 74, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p. 7-14, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coord.). Precedentes*. Salvador: JusPodivm. 2016.

PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação de precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07 - STJ*. Londrina, PR: Thoth, 2022.

PERROT, Roger. *Il nuovo futuro codice di procedura civile francese*. *Rivista de Diritto Processuale*, [S. l.], n. 2, 1975.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTUGAL. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I por Cândido Mendes de Almeida. Ed. fac-sim. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2012. v. 3 Título 66, n. 7. (Edições do Senado Federal, v. 38-A). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 02 nov. 2022.

RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Tradução: Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 220, jun. 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil brasileiro: presente e futuro*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROQUE, André. Comentários ao art. 332: improcedência liminar do pedido. *In: DELLORE, Luiz et al. Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROQUE, André. Comentários ao art. 521: dispensa da caução no cumprimento provisório da sentença. *In: DELLORE, Luiz et al. Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROQUE, André. Comentários ao art. 985. *In: DELLORE, Luiz et al. Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. *In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: 2015.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CAMINHA, Uinie. Precedentes judiciais: uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18 n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R7w8SQdT3NZQBZmWm3z5cmQ/?format=pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143-149.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil*. (arts. 1º a 317). Coordenador Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCALABRIN, Felipe. *Lições de direito constitucional: ações constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. *Recursos no processo civil: teoria geral, recursos em espécie e ações autônomas*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

SILVA, Diogo Bacha. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. *In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Estado de direito, independência judicial e os deveres de fundamentação das decisões: uma análise no contexto de estabilidade e integridade da jurisprudência. *In: MAGALHÃES, Joseli Lima (coord.). O caráter mítico e estratégico do novo CPC.* Teresinha: EDUFPI, 2021. p. 168.

SODRÉ, Emanuel de Almeida. Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme. *In: SODRÉ, Emanuel de Almeida. Prática de processo civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender o direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. *In: STEIN, Ernildo; Streck, Lenio (org.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza,* v. 34.2 p. 275-298, jul./dez 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão(coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade.* São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK; Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isso – o sistema (sic) de precedentes no CPC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso: 10 maio. 2022.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, 1997.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 55, p. 29-38, 1979.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.

TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. In: TARZIA, Giuseppe. *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A questão do precedente judicial como fonte do direito. *In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18-26.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) Direito jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo.* Rio de Janeiro: 2018.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, [S. l.], v. 111, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa. Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16).* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise, comparada Brasil-Alemanha.* Londrina, PR: Thoth, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia.* 3. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.* 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.