

# TREATLIKE CASES ALIKE: UNIVERSALIZAÇÃO RACIONAL E VINCULAÇÃO HORIZONTAL COMO METODOLOGIA DE ABORDAGEM DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

Hermes Zaneti Jr

Sumário: 1. Introdução; 2. “Nomofilaquia mediante o precedente” e as razões para a adoção de um sistema normativo de precedentes formalmente vinculantes: racionalidade, igualdade, previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica) e efetividade (duração razoável dos processos); 3. O estatuto normativo dos precedentes no projeto do Código de Processo Civil Brasileiro: a vinculação normativa formal horizontal e vertical, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* na unidade fático-normativa dos precedentes, as técnicas de distinção e superação dos casos-precedentes e os filtros recursais; 4. Conclusões parciais.

1 Nota do autor: este texto foi enviado para publicação antes do advento do texto final aprovado e enviado para sanção presidencial. O leitor deverá comparar o texto atual do CPC/2015 com os textos dos artigos aqui referidos. No texto enviado para sanção presidencial os artigos sobre precedentes são os art. 926 e 927. Muitas são as diferenças: a) a mudança topográfica do título sobre precedentes do capítulo referente à decisão judicial, para o capítulo que trata

“It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike” (Ruppert Cross e J. W. Harris).<sup>2</sup>

## 1. Introdução

Estas breves linhas fruto das reflexões mais profundas e completas realizadas por ocasião da elaboração de um trabalho mais amplo de pesquisa<sup>3</sup> e visam a discutir o problema

.....  
da ordem dos processo no tribunal; b) a supressão de alguns parágrafos; c) a alteração de redação. Contudo, na essência, nenhuma das conclusões teóricas a que chegamos no texto deve ser alterada. O leitor da Justiça do Trabalho deve prestar especial atenção à Lei 13.015/2014, que reproduziu alguns dos parágrafos suprimidos posteriormente pelo Senado.

2 CROSS, Ruppert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, p. 3.

3 Conferir ZANETI JR., Hermes. *Il valore vincolante dei precedenti*. Tesi di Dottorato. Università degli Studi di Roma Tre. Facoltà di Giurisprudenza. Scuola Dottorale Internazionale “Tullio Ascarelli”. Tutor: Prof. Luigi Ferrajoli. Roma. Data della discussione: 26.05.2014. 450 p.



Hermes Zaneti Jr

.....  
Mestre e Doutor em Direito, Área de Concentração Direito Processual, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor pela Università degli Studi di Roma Tre, Área de Concentração Teoria e Filosofia do Direito. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Torino. Professor Adjunto na Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

da racionalidade das decisões judiciais, princípio da universalização das decisões, ou seja, decidir agora de forma que em todos os casos futuros uma pessoa racional deva decidir da mesma forma, e da vinculação horizontal, ou seja, da vinculação dos próprios órgãos de decisão aos seus próprios precedentes, como premissas principais do modelo de precedentes que começa a se instalar no Brasil e irá ser muito desenvolvido com o novo Código de Processo Civil.

Sem estas premissas, universalização e vinculação horizontal, um modelo de precedentes está fadado a ser autoritário e contrário ao Estado Democrático Constitucional que se instalou no Brasil a partir de 1988, depois da longa noite da ditadura militar.

Precedentes são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do poder discricionário dos juízes e somente neste sentido são constitucionais.

## 2. “Nomofilaquia mediante o precedente” e as razões para a adoção de um sistema normativo de precedentes formalmente vinculantes: racionalidade, igualdade, previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica) e efetividade (duração razoável dos processos)

“La forza normativa del precedente in quanto tale è la forza dell’analogia tra i casi: casi analoghi dovrebbero essere risolti in modo simile” (Aleksander Peczenick).<sup>4</sup>

“El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la

decisión del precedente. <<El Derecho del precedente es también un Derecho de normas>> [...] tanto el *distinguishing* como el *overruling* tienen que ser fundamentados [...] para ello necesitan razones jurídicas [...] El uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones práctico-generales (principio de universalidad/regla de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general.” (Robert Alexy)<sup>5</sup>

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar. É a própria pretensão de correção, *ratio*, que deve governar, de forma imparcial, os atos humanos e espalhar, em todas as áreas do conhecimento, os seus efeitos, que está na base da premissa de universalização. Tolhidas as amarras ideológicas da tradição de *civil law*, deve ser claramente percebido que um modelo adequado de precedentes judiciais normativos é capaz de garantir a racionalidade, a igualdade, a previsibilidade (que se desdobra em confiança legítima e segurança jurídica) e a efetividade do ordenamento jurídico para além e complementarmente às normas jurídicas

4 PECZENIK, Aleksander, *Sui precedenti vincolanti de facto*, p. 37.

5 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* [1983]. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 266.

legisladas que já tem por finalidade estes objetivos.

Isso porque, como vimos em outro lugar,<sup>6</sup> devemos abandonar completamente qualquer esperança depositada no formalismo interpretativo (interpretação jurídica *paleojuspositivista*), assim como, não se pode, igualmente caminhar no sentido de uma teoria da interpretação mista ou eclética, que pretenda confiar apenas na defesa dos valores de certeza e segurança por leis e códigos, sentindo-se satisfeita com a margem de discricionariedade deixada ao intérprete pela natural vagueza dos termos jurídicos, toda vez que este se encontre diante de uma “zona de penumbra” ou diante de normas de “textura aberta” (*open texture*).<sup>7</sup> Como se viu, por melhores que sejam os dispositivos inseridos nas leis e códigos, esses dependerão de interpretação. Por outro lado, a despeito da crise jurídica atual do direito legislado, que pode e deve ser superada mediante o trabalho da doutrina e do legislador, ainda assim será cabível um modelo de precedentes como complementar ao direito legislado.

Portanto, um modelo de precedentes é racional porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na

6 Cf., Cap. 2, ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti, passim*.

7 Por todos, HART, H.L.A. *O conceito de direito*, p. 135, 140-149, 256, 280 (com as referências bibliográficas); HART, H.L.A. *Definition and theory in jurisprudence* [1953]. In: HART, H.L.A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 19/48; HART, H.L.A. *Positivism and the separation of law and morals*. In: HART, H.L.A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 49/87.

qual prepondera a função das cortes de vértice, das Cortes Supremas.<sup>8</sup>

Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução *apenas* do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização.

A defesa da regra da universalização é feita por grande parte da doutrina (Marina Gáscon,<sup>9</sup> Neil MacCormick, Frederick Schauer,<sup>10</sup>

8 Cf., sobre o tema, TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas. Do Controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

9 Tendo sido defendida por Marina Gáscon como a principal razão para a adoção de um sistema de precedentes, “Although on many occasions self precedent rule is considered a unifying mechanism for jurisprudence based on the need to guarantee legal security, stability and equality, it could be argued that this is not the most appropriate interpretation. I would argue that the doctrine of self precedent should be interpreted in the wider sense as a manifestation of the Kantian principle of universalizability in legal discourse for judges and courts, given that this principle states that one right answer is required for these same cases, and this is precisely, though in other words, what the rule of self precedent represents. What is more, even if it cannot be said that one right answer exists in law which can be found by every judge court, the principle of universalizability requires the supposition that one right answer exists for every judge or court considered on an individual basis. The self precedent rule is precisely the manifestation of this requirement to act “as if” one right answer actually exists in law”, cf. GASCÓN, Marina, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self-precedent*, p. 39.

10 Conforme Frederick Schauer: “Among the most

Martin Kriele,<sup>11</sup> Michele Taruffo, Thomas Bustamante,<sup>12</sup> Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes Alexandre Melo Franco Bahia<sup>13</sup>). Contudo, muito embora parcela predominante da doutrina entenda que deve preponderar, para a assunção dos precedentes, a regra da igualdade, entendemos que é mais adequado defender a racionalidade dos precedentes fundada na universalização e na sua correlata consequência que é o reforço da vinculatividade horizontal.

A universalização é mais ampla que

.....  
 common justifications for treating precedent as relevant is the argument from fairness, sometimes couched as an argument from justice. The argument is most commonly expressed in terms of the simple structure, "Treat like cases alike." To fail to treat similar cases similarly, it is argued, is arbitrary, and consequently unjust or unfair. We achieve fairness by decision-making rules designed to achieve consistency across a range of decisions. Where the consistency is among individuals at the same time, we express this decisional rule as "equality." Where the consistency among decisions takes place over time, we call our decisional rule "precedent." Equality and precedent are thus, respectively, the spatial and temporal branches of the same larger normative principle of consistency. *The idea of fairness as consistency forms the bedrock of a great deal of thinking about morality.* Whether expressed as *Kantian universalizability*, as the decisions that people would make if cloaked in a *Rawlsian veil of ignorance* about their own circumstances, or simply as *The Golden Rule*, the principle emerges that *decisions that are not consistent are, for that reason, unfair, unjust, or simply wrong.*" SCHAUER, Frederick, *Precedent*, p. 595/596, grifos nossos.

11 KRIELE, Martin, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, op. cit., p. 521.

12 BUSTAMANTE, Thomas, *Finding analogies between cases*, op. cit., p. 68

13 Universalidade como integridade é defendida a partir de Ronald Dworkin por THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA Alexandre. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa/Asia/Latin America*. Nomos, vol. 3, p. 381, 2011, p. 398/399.

a igualdade, pois além de incluir a premissa da igualdade, exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização no caso-precedente, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando *a presunção a favor do precedente*<sup>14</sup> somente se e quando o caso deva ser julgado de forma diferente por serem diversas as circunstâncias fáticas ou por ser reconhecido o erro ou a superação do caso-precedente.

Assim, somente será possível afastar-se de um precedente, quando restar *superado* (*ovverruling* que justifica a *defeasability* do precedente, sua defectibilidade, seu afastamento por superação ou demonstração de que o julgamento anterior era equivocado) ou distinguido (*distinguishing*, seu afastamento por diferenciação) adequadamente o caso-atual em concreto do caso-precedente.<sup>15</sup>

.....  
 14 KRIELE, Martin, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, op. cit., p. 521.

15 Não é claro nossa intenção afirmar que os precedentes poderiam eliminar a incerteza do direito, tanto regras-lei como regras-precedente devem ser interpretados na sua aplicação. As objeções de Hart ao formalismo jurídico valem tanto para as regras-lei como para as regras-precedente (v.g., "Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*." HART, H.L.A., *O conceito de direito*, p. 140/141.) Mas entendemos aqui afirmar que um modelo combinado entre regras-lei e regras-precedente é redutor da discricionariedade judicial e contribui consistentemente para a racionalidade do ordenamento jurídico.

Uma das claras vantagens de se colocar a tônica na universalização da regra resultado da aplicação do caso-precedente é a vinculação dos próprios juízes ou tribunais que tomaram a decisão (*self-precedent* ou autoprecedente). Assim como, também serão vinculados os juízes futuros da mesma corte, vinculação horizontal.

A regra da universalização, que é a premissa da qual partimos para afirmar que o principal valor da teoria dos precedentes é conferir racionalidade ao sistema, tem suas raízes em Kant. De fato, Kant afirma, no imperativocategórico, que: “[...]there is only one categorical imperative and it is this: Act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become a universal law.”<sup>16</sup>Exatamente é esta a premissa

16 KANT, Immanuel, *Grounding for the metaphysics of morals* [1785], p. 50, já citado por GASCÓN, Marina, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent*, p. 39. A ideia de Kant é plenamente aplicável aos precedentes a partir da perspectiva do controle da razão prática, fomentando o afastamento das necessidades e inclinações pessoais e o juízo dialético com a pretensão de correção a partir do exame crítico das razões elencadas, como explicitado na seguinte passagem: “Thus is ordinary human reason forced to go outside its sphere and take a step into the field of practical philosophy, not by any need for speculation (which never befalls such reason so long as it is content to be mere sound reason) but on practical grounds themselves. There it tries to obtain information and clear instruction regarding the source of its own principle and the correct determination of this principle in its opposition to maxims based on need and inclination, so that reason may escape from the perplexity of opposite claims and may avoid the risk of losing all genuine moral principles through the ambiguity into which it easily falls. Thus when ordinary practical reason cultivates itself, there imperceptibly arises in it a dialectic which compels it to seek help in philosophy. The same thing happens in reason's theoretical use; in this case, just as in the other, peace will be found only

da pretensão de correção e da “presunção a favor do precedente” que se impõem, tanto no formular um precedente judicial novo, quanto no seu afastamento por superação ou distinção.

A universalização, ademais, é a base do que a doutrina denominou “nomofilaquia mediante o precedente”.<sup>17</sup> A nomofilaquia é aqui compreendida como a função de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei. Pois bem, a lei exige interpretação e a função das Cortes Supremas é exatamente interpretar a lei, nada mais natural que atribuir a uma teoria

.....  
in a thorough critical examination of our reason.” KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals* [1785], trans. by James W. Ellington, 3ª ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993, p. 37.

17 Vale a pena analisar detidamente a passagem de Michele Taruffo, com esboço no clássico *Cassazione Civile*, de Piero Calamandrei, quando explicita: “In pagine limpidissime della *Cassazione Civile*, già nel 1920 Piero Calamandrei sottolineava che la funzione di nomofilaquia della Corte di Cassazione avrebbe dovuto svolgersi, in connessione con la funzione di garantire l’uniformità della giurisprudenza, attraverso l’emanazione di sentenze capaci non solo di assicurare l’esatta interpretazione del diritto, ma anche di imporre questa interpretazione como canone di decisione dei casi successivi. Calamandrei prospettava l’idea che la Corte di Cassazione, una volta unificata, diventasse quello che in termini moderni si chiama “corte del precedente”, e quindi svolgesse le sue funzioni, ed in particolare quella di nomofilaquia, attraverso decisioni capaci di orientare la giurisprudenza successiva. Egli anticipava inverosimilmente quella che è oggi la funzione principale delle corti supreme in molti ordinamenti, di *common law* e di *civil law*, che è di assicurare il controllo di legittimità attraverso la fissazione di precedenti destinati a proiettarsi come punti di riferimento sulle decisioni degli altri giudici. Con formula sintetica si può parlare di “nomofilaquia attraverso il precedente”, proprio per indicare che la funzione tipica di una corte suprema è di assicurare l’uniforme rispetto della legge attraverso decisioni “universalizzabili” e proiettate verso il futuro.” MICHELE, Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, p. 36/37. Cf., ainda, CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, vol. II [1920], In: Piero Calamandrei. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1976, p. 34, 92, 105, vol. VII (a cura di Mauro Cappelletti).

dos precedentes a tarefa de garantir a unidade do direito através vinculatidade normativa das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes e, somente a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos de hierarquia inferior. Partindo, como exemplo, mais ou menos universalizável,<sup>18</sup> do texto do art. 65 da Lei sobre o Ordenamento Judiciário italiana, que prevê como funções da Corte de Cassação a “[...] esattaosservanza [...] dellalegge” e a “uniforme interpretazionedellalegge” (nomofilaquia) e “[...] l’unitàdel dirittooggettivonazionale [...]” (precedentes normativos),<sup>19</sup> ao conjugar as funções de garantir a observância e interpretar a lei com a função de garantir a unidade do direito temos a “nomofilaquia mediante os precedentes” como resultado.<sup>20</sup>

18 Não se trata aqui de adesão aos modelos de cassação ou revisão, mas sim de constatação que estes modelos precisam, a partir da própria modificação das teorias da interpretação, mas também das necessidades contemporâneas, de uma atualização teórica, mesmo que partamos dos textos normativos atualmente vigentes para fundamentar esta mutação. Cf., sobre a necessidade de atualização destes modelos, TARUFFO, Michele. *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*. In.: Michele Taruffo. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 27/50; MITIDIERO, Daniel, *Cortes superiores e cortes supremas*, p. 39 e 41.

19 Cf. Legge sull’ordinamento giudiziario, Regio Decreto 30 gennaio, 1941, n. 12.

20 Neste sentido Calamandrei já afirmava, em 1920, que muito embora a Corte de Cassação francesa tenha nascido originariamente, assim como a italiana que lhe seguiu os passos, fora da estrutura do Poder Judiciário, com a função de assegurar a exata (e, portanto, formalista) observância da lei, a Corte foi gradativamente migrando para a estrutura judiciária e permitindo a interpretação e posteriormente, com a influência das cortes de revisão alemãs, assumindo a função de unificação do direito, função que assumiu importante papel também na Corte de Cassação italiana: “Loscopodiunificazionegiurisprudenzialeche,

A teoria dos precedentes parte da premissa da universalização como premissa racional e, a partir dela, desenvolve-se, chamando atenção para a necessidade de se atentar para a relevância das diferenças entre o caso-precedente e o caso-atual, a possibilidade de superação dos erros e a possibilidade de evolução jurídica, desde que superado o ônus da argumentação. Desta forma a doutrina liga a noção de universalização à pretensão de correção e à consistência e coerência do discurso jurídico. Vale aduzir, neste sentido, uma esclarecedora passagem de Robert Alexy:

“El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual. [...] Se puede formular pues como reglas más generales del uso del precedente las siguientes reglas: (J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de

poco tempo dopo laistituzionedellaCass. in Francia era statomirabilmentecompreso e descrito dal Meyer [*Spirito, origine e progressidelleistituzionegiudiziarie*, Lib. VIII, Cap. IX, vol. 5, p. 118 e ss.], fu studiato di prevalenza dalla dottrina tedesca, la quale vide nella Revisione un istituto soprattutto destinato a mantenere nell’ordinamento germanico la unità del diritto (vol. I, nm. 214/215); ma oggidi i nostri processualisti si soffermano a mettere in luce anche nella nostra Cassazione questa funzione di unificazione giurisprudenziale [...]” CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile, vol. II*, p. 92/93.

la argumentación [...] La extensión de la obligación regulada por la regla de la carga de la argumentación depende de la amplitud de las posibilidades de apartarse de los precedentes [...].”<sup>21</sup>

Portanto, do ponto de vista argumentativo, chegamos a duas regras: a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isto *deve* ser feito (precedentes normativos); b) quem quiser se apartar de um precedente assume o ônus argumentativo de demonstrar a superação do precedente, o erro do precedente ou a sua não-aplicação ao caso concreto (pretensão de

21 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 262/265. Cf. deve ser observado ainda, em Chaim Perelman, *o princípio da inércia*, segundo o qual uma decisão somente pode ser modificada se existem razões suficientes, pesando ao seu favor o ônus argumentativo (ex.: ônus da prova, coisa julgada e precedentes). PERELMAN, Chaim; ALBRECHT-TYTECA, L. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. 1ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 118 ss; PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 218 e ss; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 263; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 377, ano 39, v. 229, março, 2014, neste último texto o autor prefere o termo *princípio da inércia argumentativa*, apontando o texto de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 180/181, como o primeiro a tratar do tema na teoria dos precedentes no Brasil (idem, p. 387). Note-se, do nosso ponto de vista, que o princípio da inércia não é a principal justificação racional para os precedentes. Entendemos aqui ser a principal justificação a universalização, para a qual, sem dúvida, em certa medida, a inércia contribui, mas se levada ao extremo, impossibilita a revisão das decisões anteriores, sua correção e atualização. Portanto, a inércia vale apenas como *ônus argumentativo (presunção a favor dos precedentes)* e não como razão fundamental para estabelecer um sistema normativo de precedentes.

correção e ônus argumentativo).

Por estas razões, limitar as razões para adoção de *precedentes normativos formalmente vinculantes*<sup>22</sup> na igualdade<sup>23</sup>, na previsibilidade (confiança legítima<sup>24</sup> e segurança jurídica) e na efetividade (duração razoável dos processos),<sup>25</sup>

22 Como já defendemos anteriormente não se pode mais falar em precedentes *de facto, ad exemplum* ou persuasivos, pois estes não tendo conteúdo normativo causam confusão em uma teoria ou doutrina dos precedentes voltada à racionalização do uso normativo destes. Precedentes são apenas aqueles que podem ser considerados normativamente vinculantes, que são portanto aplicados independentemente de suas razões. Neste sentido entendemos que existem três graus de vinculação: precedentes normativos vinculantes, que dependem em certa medida da maturidade institucional do ordenamento jurídico, como ocorre nos países de *common law*, que reconhecem a vinculatividade independentemente de norma formal; precedentes normativos formalmente vinculantes, que contam com a previsão expressa em lei de sua vinculatividade; precedentes normativos vinculantes fortes, que além de contarem expressamente com a previsão expressa em lei ainda possuem um quórum qualificado para derrogação e a possibilidade de impugnação direta ao órgão de decisão por desrespeito ao precedente. Cf. ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti*, Cap. 4, item, 4.1.3.1.

23 Assim, “In primo luogo il principio di uguaglianza, quale si esprime nello stringente enunciato “tratta le situazioni uguali in modo uguale”. Provvedimenti successivi incoerenti contravvengono al principio della parità di trattamento dei soggetti che ricorrono alla tutela giurisdizionale. Come giustamente osserva un autorevole studioso nordamericano, “uguaglianza e (ossequio) del precedente rappresentano, rispettivamente, il profilo spaziale e il profilo temporale del più largo principio normativo della coerenza” Sergio Chiarloni, *Un Singolare Caso di Eterogenesi dei Fini, Irrimediabile per Via di Legge Ordinaria: La Garanzia Costituzionale del Ricorso in Cassazione Contro le Sentenze*, p. 847. Cf. igualmente, também citado por Sergio Chiarloni, SCHAUER, Frederick, *Precedent*, p. 596, citado acima no original.

24 LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, p. 611.

25 Assim, um sistema coerente de precedentes contribui para a duração razoável do processo, como demonstrou a doutrina: “Un sistema coerente di precedentidella corte suprema costituisce certamente un forte incentivo alladurataragionevole dei processi. Per

.....

più di una ragione. Orientamenti di vertice consolidati fanno diminuire il carico di lavoro anche dei giudici di merito. Il contrasto tra le parti sull'interpretazione delle norme applicabili in un contesto di fatti pacifici non darà facilmente vita ad una lite. Se poi anche i fatti sono controversi è ben probabile che la sentenza di primo grado definisca il giudizio, viste le restrizioni all'istruttoria in appello". CHIARLONI, Sergio. *Sui rapporti tra funzione nomofilattica della Cassazione e principio della ragionevole durata del processo*, § 1. E ainda, "Tra i vantaggi di una prassi di precedenti uniformi (persuasivi o vincolanti che siano non importa, supposto che la distinzione abbia un senso –ne sostengo la mancanza in *Un mito rivisitato: note comparative sul precedente giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss.) abbiamo dunque da annoverare non solo il rispetto della parità di trattamento dei cittadini che agiscono in giudizio e l'autorevolezza della corte suprema che sarebbe pregiudicata da sbandamenti e oscillazioni, ma anche l'efficienza del suo lavoro dal punto di vista della velocità di smaltimento dei ricorsi e soprattutto la prevedibilità delle decisioni che, permettendo sicurezza e programmazione del traffico giuridico, finisce anche col ridurre la litigiosità così da assicurare una maggiore velocità dei processi instaurati fin dal primo grado di giudizio." (Idem, ibidem). Por outro lado, os economistas começam a medir o grau de êxito do sistema judicial a partir do percentual de recursos de apelação em relação às sentenças, sendo a característica de ordenamentos mais previsíveis e estáveis, portanto, de maior êxito na aplicação da justiça, a redução de recursos. Em estudo publicado em 2013 foi utilizada como medida indicativa do grau de previsibilidade das decisões judiciais os percentuais de apelação para as cortes superiores e se constatou que as impugnações de sentenças nos sistemas de *common law*, representaram números significativamente inferiores aos de países de diferentes tradições jurídicas (como as tradições francesa, nórdica, germânica e ex-socialistas). Interessante notar, ainda, que a pesquisa separou os grupos de países que impõem restrições recursais de cunho econômico (custas recursais) dos países que impõem filtros recursais de admissibilidade, indicando que nestes últimos (países nórdicos e de *common law*) o resultado representativo é mais positivo, sendo que o aumento das custas recursais não se mostrou eficiente para redução dos recursos. Muito embora as reservas quanto as possíveis incorreções dos dados efetuadas na publicação e a indicação de que existiram outros fatores de redução, parece claro que os filtros recursais auxiliam na redução da litigiosidade, especialmente se considerarmos uma cifra negra de casos que não chegam aos tribunais em virtude da estabilidade do sistema jurídico decorrente de sua adoção, como parece indicar, a mesma pesquisa, na comparação da litigiosidade por número de habitantes. Cf. OECD (2013), "Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza?", OECD

muito embora correto, se mostra insuficiente para justificar, do ponto de vista de uma teoria da argumentação no Estado Democrático Constitucional, as razões para a adoção do precedente. Compreende-se, ademais, porque os próprios juízes e tribunais estão fortemente vinculados aos seus próprios precedentes e aos precedentes exarados pelo próprio tribunal em um momento anterior a atual composição.

A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante tráfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, dando conteúdo *de jure*, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais.<sup>26</sup>

Somente assim, combinando as classificações descritas em outro local, quanto ao grau de vinculatividade dos precedentes, ou seja, precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, e as razões aqui expostas, uma teoria dos precedentes pode atingir a premissa de ser uma teoria racional

.....

*Economics Department Policy Notes*, No. 18 June 2013. [http://qualitapa.gov.it/fileadmin/mirror/i-perfgiustizia/materiali/3\\_estratto\\_it\\_Giustizia-civile.pdf](http://qualitapa.gov.it/fileadmin/mirror/i-perfgiustizia/materiali/3_estratto_it_Giustizia-civile.pdf) Acesso em 13.12.2013.

26 Sobre o tema conferir nota anterior e ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti*, Cap. 4, item 4.1.3.1, que trata da classificação dos precedentes segundo o grau de vinculatividade.



para um modelo não arbitrário de direito em ordenamentos de *civil law* e ordenamentos híbridos, como o caso brasileiro,<sup>27</sup> cumprindo o relevante papel de ulterior fechamento da discricionariedade judicial deixada pelo positivismo jurídico e pela necessidade de interpretação das normas jurídicas.

### 3. O estatuto normativo dos precedentes no projeto do Código de Processo Civil Brasileiro: a vinculação normativa formal horizontal e vertical, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* na unidade fáctico-normativa dos precedentes, as técnicas de distinção e superação dos casos-precedentes e os filtros recursais<sup>28</sup>

27 Sobre o hibridismo do ordenamento brasileiro conferir

28 Uma breve resenha da literatura nacional, ainda que incompleta, demonstra o interesse que o tema dos precedentes tem levantado no Brasil. Além dos trabalhos de Luiz Guilherme Marinoni, José Rogério Cruz e Tucci e Thomas da Rosa Bustamante, entre outros textos já amplamente citados neste texto, temos a seguinte amostragem parcial mas significativa desta literatura, considerando apenas a doutrina surgida após o advento da súmula vinculante, ou seja, entre 2006 e 2013: BASTO, Antonio Carlos Pereira de Lemos. *Precedentes vinculantes e jurisdição constitucional: eficácia transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, vol. 2, p. cap. X, “precedente judicial”, p. 385 e ss; LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: In: DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*.

.....  
*Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 809/871; NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Staredecisvs direito jurisprudencial*. In: In: DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. *Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 485/514; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. (Cf., na primeira edição, NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Staredecis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011); RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012; SILVA, Celso Albuquerque. *Súmulas vinculantes: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007; STRECK, Lenio L; ABOUD, Georges. *O que é isto. O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. 2014. 473 p. Dissertação (Mestrado) – Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha. Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 377, ano 39, v. 229, março, 2014; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto do novo CPC. In: Fredie Didier JR.; Antônio Adonias Aguiar Bastos (orgs.). *O projeto de novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

“Una semplificazione delle procedure sarebbe [...] necessaria. Per esempio, in materia civile dovrebbero essere introdotti filtri di inammissibilità o efficaci disincentivi contro le domande palesemente temerarie e le resistenze chiaramente dilatorie: quanto meno per il giudizio in Cassazione, cui oggi si accede per qualunque sciocchezza e che si è ormai trasformato in un terzo grado di giudizio” (Luigi Ferrajoli).<sup>29</sup>

29 FERRAJOLI, Luigi. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 31. Note-se na Itália já foram introduzidas reformas na lei processual prevendo filtros para o juízo de apelo e cassação (notadamente, os arts. 348-bis e 360-bis do CPC italiano e as modificações introduzidas pelo Decreto *Sviluppo*, D.L. 38/2012, convertido em lei com a Lei 134/2012). Não obstante há previsão constitucional expressa de que deve ser sempre admitido o recurso à Corte de Cassação por violação da lei (art. 111, § 7º da Constituição Italiana). As únicas decisões que não admitiriam recurso à Corte de Cassação, pela letra expressa do modelo constitucional italiano, seriam aquelas proferidas pela Corte Constitucional (art. 137, § 3º da Constituição Italiana). Daí ser substancialmente correta a análise crítica de Sergio Chiarloni, denunciando a incongruência do art. 111 em relação ao art. 65 da Lei de Organização Judiciária Italiana: “Intendo cogliere prima di tutto il paradosso implicito nel rapporto tra l’art. 111 comma settimo della Costituzione, che garantisce il ricorso in cassazione per violazione di legge e l’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario, il quale proclama, forse un po’ enfaticamente in omaggio ai tempi di positivismo “duro” in cui fu emanato, che “la corte di cassazione, quale supremo organo di giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, regola i conflitti di competenza e di attribuzioni ed adempie agli altri compiti ad essa attribuiti dalla legge”[...] Il giurista ingenuo è subito portato a pensare che proprio l’importanza dei compiti attribuiti alla corte suprema spiega la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione [...] Proprio il diritto di accesso incondizionatamente riconosciuto dal settimo comma dell’art. 111 rende difficile, per non dire impossibile, alla corte suprema di assolvere al compito di nomofilachia, (oltre che di assicurare la ragionevole durata del processo in cassazione). CHIARLONI, Sergio. *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi in cassazione*:

“[...] no si fa nulla per indirizzare la Corte di Cassazione verso il ruolo di una vera e propria corte del precedente (il che richiederebbe, ad esempio, una drastica riduzione del numero delle decisioni, attraverso adeguati meccanismi di filtro dei ricorsi). Per altro verso, si fa capo ad una sorta di “nomifilaquia del caso concreto”, inducendo la Corte a pronunciar-si su una infinità di questioni, indipendentemente dal loro interesse o dalla loro rilevanza generale, e quindi indipendentemente dalla “universalizzabilità” del criterio di decisione che viene utilizzato nel singolo caso.” (Michele Taruffo).<sup>30</sup>

*l’inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza, § 1.* Chiarloni propõe a expressão “sano pragmatismo” para justificar a introdução dos filtros em matéria recursal “non solo le corti supreme dei Paesi di *common law*, ma anche alcune corti dei Paesi dell’Europa continentale adottino meccanismi di vario tipo per filtrare il contenzioso che viene loro portato” (Idem, *Ibidem*). Portanto, em face do alegado, coerente a proposta: “Il rimedio principe per il nostro Paese [Itália] consisterebbe nell’abrogazione del settimo comma dell’art. 111. Magari sostituendolo con “il ricorso in cassazione contro le sentenze civili è consentito nei casi regolati dalla legge” (Idem, § 3). Mais adiante critica fortemente as reformas processuais do CPC italiano para introdução de filtros recursais quer pela insuficiência, pela pouca profundidade ou, ainda, pela criação de entraves que poderão resultar no efeito contrário, com uma maior lentidão dos processos e juízos de admissibilidade (Idem, § 6). Afirmando que a disciplina dos filtros do art. 360-bis do CPC italiano poderá inclusive resultar no aumento da duração dos processos cf. CARRATTA, Antonio. Il “filtro” al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità, *Giur. It.*, n. 6, 2009.

30 E continua, acentuando o gravíssimo da cristalização de princípios jurídicos decisão concreta por decisão concreta e não de uma unidade fato/direito que reconduz a *ratio decidendi* ou *holding* sempre universalizáveis e aplicáveis aos casos futuros. Nestes casos, como mostra Taruffo, uma jurisprudência aluvional e contraditória, acaba por transformar o ordenamento jurídico na perspectiva judicial em um caleidoscópio desordenado, refletindo o caos da

“Normalmente, a doutrina identifica a existência de três efeitos jurídicos: *persuasivo*, *obstativo da revisão de decisões* ou *vinculante/obrigatório*. É possível, porém, visualizar ao menos mais três efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: *autorizante*, *rescindente* e *revisão da sentença* [...] A eficácia jurídica ora apresentada é resultado, obviamente, do exame do direito positivo brasileiro.” (Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Oliveira).<sup>31</sup>

.....

incerteza na insatisfação dos jurisdicionados e em uma maré *panprincipalista*, cada juiz, um princípio, cada sentença, um direito. Criticando o *modus* de operação da Corte de Cassação italiana afirma Taruffo: “ [...] ciò che si persegue, invero, non è l’indicazione di regole destinate ad essere applicate dai giudici successivi, ma l’analitica specificazione di “principi” che in realtà principi non sono [princípios que não são princípios, neste sentido corretíssima a crítica de Luigi Ferrajoli e Lenio Streck ao *panprincipalismo*, conforme indicamos, com referências bibliográficas, no Cap. 3.2, cf. ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti*] essendo destinati a valere essenzialmente per il singolo caso di volta in volta deciso. Nessuna proiezione verso il futuro, dunque, ma soltanto l’analitica soluzione delle questioni di diritto sorte nel singolo caso. In questo modo, è assai improbabile che la Corte di Cassazione si avvii a diventare una vera “corte del precedente”, così allineandosi con la tendenza evolutiva che caratterizza le corti supreme degli altri ordinamenti. È invece prevedibile qualche accentuazione *in peius* della situazione attuale, con una Corte che pronuncia una quantità inverosimile di “principi di diritto” in una giurisprudenza sempre più alluvionale, e quindi sempre meno coerente ed autorevole.” TARUFFO, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, p.38/40.

31 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 394. A classificação descreve bem quais os efeitos dos precedentes no Brasil. Como vimos anteriormente, contudo, entendemos não ser correto a atribuição da denominação “precedente” para a “jurisprudência persuasiva”, especialmente a partir da grande necessidade de mudar a compreensão dos juristas a respeito do tema, uma vez que, na confusão terminológica, acaba-se por dissolver a diferença entre

Iremos analisar agora o direito projetado no futuro Código de Processo Civil brasileiro, já aprovado parcialmente pelo Congresso Nacional.

Note-se que a relevância desta análise não se restringe à aprovação ou não do projeto, muito embora esta seja muito provável, mas principalmente serve para demonstrar como os precedentes estão sendo compreendidos no Brasil e portanto, qual a tendência do direito positivo brasileiro e da dogmática jurídica brasileira em matéria de precedentes. Iremos perceber também que, por trás dos dispositivos legais, muitas das questões teóricas expostas sucintamente em outro local, tais como a compatibilidade entre o princípio da legalidade, o princípio da separação de poderes e a vinculação do juiz à lei e a independência judicial,<sup>32</sup> apresentam-se de forma coerente e compromissada com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, vinculação aos fatos da causa. Essas premissas são técnicas desenvolvidas pela doutrina e utilizadas pelo legislador para desenhar um sistema de precedentes para o direito de *civil law*, ou seja, um sistema de precedentes vinculantes por determinação legal.

Os principais artigos do projeto que tratam de precedentes abordam os seguintes

.....

o passado da “jurisprudência persuasiva” e o futuro do “precedente vinculante” nos ordenamentos de *civil law*. O *Curso* foi um dos primeiros, se não o primeiro, a enfrentar o tema dos precedentes em capítulo próprio como tema essencial à teoria do direito processual.

32 Ver, sobre esta compatibilidade e a integração entre o *Rule of Law* e o Estado Democrático Constitucional, ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti*, esp. Cap. 2, 3 e 4, primeira parte.

assuntos, ora elencados: a) contraditório, especialmente no que tange à *vedação de não surpresa*, prevista no art. 10<sup>33</sup>; b) controle da

motivação da sentença, ou seja, elementos, requisitos e efeitos da sentença, previstos no

33 A norma vem assim prevista: “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.” Observe-se que se trata de tendência internacional, já adotada por alguns ordenamentos jurídicos, (saliente-se o § 139 da ZPO alemã, o artigo 16 do Code de Procédure Civile francês e o princípio 22.2 e 22.2.3 dos *Principles of Transnational Civil Procedure*, iniciativa do ALI - *American Law Institute* e do UNIDROIT - *International Institute for the Unification of Private Law*, pode ser acessado em várias línguas no site <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>). Este é um dos elementos da “virada cooperativa” no direito processual civil que prevê uma maior obrigação de cooperação entre partes e juiz e sua ligação direta com a redemocratização, na expressão de Mirjan R. Damaska um *modelo cooperativo de administração da justiça*, ver: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. New Haven/London: Yale University Press, 1986; ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, com edição em língua italiana, *Il formalismo nel processo civile (Proposta di un formalismo-valutativo)*. Milano: Giuffrè, 2013; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, apr./giu. 2005; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151-174; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Também publicado em espanhol: DIDIER JR., Fredie. Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil português. 1. ed. Lima: Communitas, 2010. Para um exemplar mais acabado da vedação dos “juízos de terceiravia”, ver: MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del

contraddittorio e i giudizi civili di “terzavia”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno 55, n. 4, p. 929-1.047, ott./dic., 2000; Didier Jr., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005; DIDIER JR., Fredie, O princípio da cooperação: uma apresentação, *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005 (ambos os textos com valiosas notas sobre o direito alienígena, com os textos devidamente traduzidos para o português); GRASSO, Eduardo, La collaborazione nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, n. 21, p. 580-609, 1966; GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n. 4, luglio/agosto, 2010; GRASSI, Lúcio, Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 6, 2003; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, in José Roberto dos Santos Bedaque; José Rogério Cruz e Tucci (Coords.), *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Ver também, o julgado relatado por Araken de Assis, à época desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*Revista Forense* n. 338, p. 301-309, abr./maio 1997). Interessante observar que o dever de cooperação pelo juiz impõe que ele não surpreenda as partes com “ponto de vista” não compartilhado, como afirmou Barbosa Moreira ao comentar a reforma da ZPO alemã: “De acordo com a nova redação do parágrafo 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que estes lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, in *Temas de direito processual: 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199-210, esp. p. 201-202). Este tema é um dos temas que atrai a aproximação entre *civil law* e *common law* em matéria processual civil, como bem salientou a doutrina os processos passam a ser “chosedeparties et chosedujuge” (L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, cit., nº 1100), cf. FERRAND, Frédérique. *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*. In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 09/10; TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. Concluding remarks. In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 245.

art. 499, especialmente no § 1º, que refere expressamente aos precedentes, indicando dois elementos característicos das motivações judiciais por precedentes: primeiro, que os precedentes são aplicados de forma distinta da leis, exigindo a demonstração da *identidade de fundamentos determinantes* (unicidade da questão fático-jurídica, *ratio decidendi* ou *holding*) entre o caso-precedente e o caso-presente, mesmo quando tratem de enunciados de súmula ou jurisprudência dominante; segundo, mas igualmente importante, obrigatoriedade de motivar a decisão, quando deixar de aplicar precedentes invocados pela parte (demonstrando sua distinção com o caso em julgamento, ou a superação do entendimento afirmado pela parte);<sup>34</sup> c) os próprios precedentes, pois o

34.....  
 O art. 499 está na seção II, que refere aos elementos, requisitos e efeitos da sentença: “Art. 499. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como 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. § 2º No caso de colisão

Capítulo XV, traz, nos arts. 520 e 521, uma extensa disciplina dos precedentes judiciais, com tônica na racionalidade, que impõem aos tribunais uniformização de sua “jurisprudência” (*rectius*: precedentes), mantendo-a estável, íntegra e coerente. Por outro lado, o art. 520 marca a vedação de que o tribunal edite enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos casos-precedentes, ou seja, neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação.<sup>35</sup> Os precedentes no direito brasileiro exigirão, a partir do Novo Código, a consideração do caso concreto (unicidade de fato e direito). Justamente por isso, o novo Código prevê a obrigatoriedade, quando se tratar de aplicar um precedente, de explicitar, na motivação da decisão, a relação da causa ou questão decidida com os *fundamentos determinantes* do caso-precedente, ou, quando se tratar de deixar de aplicar um precedente vinculante, a demonstração da existência de distinção ou de superação do entendimento, na forma do art. 954<sup>36</sup>, sob pena de considerar a

.....  
 entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” (sem grifos no original).

35 Conforme se verá adiante no texto do projeto, observe-se que toodo o Capítulo XV, “Do precedente judicial”, trata do tema, em dois extensos dispositivos.

36.....  
 Assim, “Art. 954. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. § 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo

decisão não-fundamentada. Note-se, ademais, que o *caput* do artigo 521 elenca os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, exigindo a observância do princípio da legalidade em primeiro lugar como claro sinal de que um modelo de precedentes no Brasil não significa o abandono da observância da lei escrita, mas seu complemento necessário; d) criação de um sistema agravado e mais rigoroso de controle de *precedentes vinculantes normativos fortes (de jure)*, com reforço dos meios de impugnação, por exemplo, com a previsão da “ação de reclamação”, diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal, para observância de precedentes constitucionais, nos casos expressos em lei.<sup>37</sup> A previsão no art. 1.048<sup>38</sup> de que constitui caso de

.....  
 presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído. § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três juízes. § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento. § 4º Para adequada observância do precedente judicial na forma do art. 521, *as questões relevantes do caso em análise devem ser indicadas de modo claro no acórdão*” (sem grifo no original).

37.....  
 O projeto restringe as hipóteses aos casos de descumprimento da autoridade das decisões do próprio STF, controle de constitucionalidade concentrado, súmulas vinculantes, precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, conforme se lê do projeto: “Art. 1.000. 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 decisão ou precedente do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*; IV – *garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência*.” (sem grifos no original).

38.....  
 O instituto da repercussão geral foi introduzido como

“repercussão geral”, portanto, admitindo-se por hipótese o Recurso Extraordinário, quando a decisão impugnada tenha atingido súmula ou precedente do STF. Por fim, a previsão do “agravo extraordinário”, art. 1.055,<sup>39</sup> para fazer

.....  
 filtro para os recursos extraordinários, espécie de *writ of certiorario* direito brasileiro, a partir da EC 45/2004. O artigo do projeto do CPC determina, “Art. 1.048. 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 a existência da repercussão geral para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal. § 3º *Haverá repercussão geral sempre que o recurso: I – impugnar decisão contrária a súmula ou precedente do Supremo Tribunal Federal [...]*” (sem grifo no original).

39 Conforme o projeto: “Art. 1.055. Cabe agravo extraordinário contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal que: I – indeferir pedido, formulado com base no art. 1.048, §6º ou 1.049, §2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II – inadmitir, com base no art. 1.053, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.048, §8º, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida. § 1º Sob pena de não conhecimento do agravo extraordinário, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: I - a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do art. 1055, inciso I; II - *a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado* ou a *superação da tese*, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário se fundar em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário se fundar em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida.” (sem grifos no original). Para entender a importância dos recursos repetitivos devemos mencionar um caso recente. Recentemente o STJ admitiu o bloqueio de verbas públicas para garantia do direito à saúde em um Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), ou seja, a matéria forma um precedente com aplicação para todos os casos análogos. No precedente o ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, afirma que o legislador possibilitou ao juiz, de

subir às Cortes Supremas brasileiras os recursos sobrestados em julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Note-se, aqui, especialmente, que o modelo projetado permite a alegação de distinção e de superação do precedente tomado como paradigma para a inadmissibilidade do recurso agravado (art. 1.055, §1º, II do NCPC).

A riqueza de uma disciplina assim detalhada está consentânea com a tradição brasileira de superação de questões teóricas através de normatização legal progressista que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de

.....  
 ofício ou a requerimento da parte, determinar a medida mais adequada para promover a tutela jurisdicional, estabelecendo um rol não-taxativo de medidas cabíveis. Assim o bloqueio é meio de coerção cabível, embora não previsto expressamente na legislação, para fazer com que o Estado cumpra a tutela jurisdicional deferida. Neste sentido a Primeira Seção do STJ considerou que o direito subjetivo à saúde prevalece sobre os princípios do direito financeiro ou administrativo. A decisão deverá demonstrar que foram tentadas outras medidas e que a recalcitrância no cumprimento da decisão está colocando em risco a vida dos afetados, prevalece, nestes casos, o direito fundamental à saúde em relação à impenhorabilidade dos recursos da Fazenda Pública. “Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Adoção de medida necessária à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente. Art. 461, § 5º. do CPC. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade conferida ao julgador, de ofício ou a requerimento da parte. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da resolução 08/2008 do STJ. 1. *Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.* 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.” REsp nº 1069810. Primeira Seção. Rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2013, publicado em 06/11/2013.

disciplina legal do que com a falta de teoria.<sup>40</sup>

Trata-se de exemplo das virtudes progressistas do positivismo jurídico como técnica de emancipação e civilização, como já ocorrera no pós-guerra com a constitucionalização dos princípios do direito natural e dos direitos sociais à prestações como direitos fundamentais.

Assim, como já existe um certo consenso jurídico sobre as categorias referentes aos precedentes, o que o modelo desenhado no projeto fez foi tomar opções dentro destas categorias de forma a adaptá-las especialmente às garantias constitucionais brasileiras e às necessidade do ordenamento jurídico brasileiro. Consiste, por evidente, em um *approach* pragmático, mas de grande relevância, pois altera o estado da arte, cabendo agora a doutrina adequar-se às novas categorias dogmáticas construídas. Completa-se um processo de recepção já começado com a Constituição Republicana de 1891, como vimos em outro lugar.<sup>41</sup>

.....  
 40 Este é o caso, por exemplo, dos direitos coletivos e difusos, considerados pela doutrina italiana “personagens absolutamente misteriosos” (VILLONE, Massimo. *La Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense)*. In.: A. Gambaro. *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato - con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 71/91, especialmente, p. 73) e conceitualmente definidos de forma estrutural no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/1990) e válidos para todo o microsistema processual coletivo. No Brasil, a partir deste conceito chave, é possível ajuizar ações coletivas para tutela dos direito difusos, coletivos e individuais homogêneos em causas que vão do direito do consumidor e meio ambiente ao direitos de igualdade racial, acesso à saúde e à escola. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, vol. 4.

41 A recepção é sempre uma recepção criativa,

Importante, por fim, fazer um cotejo analítico das modificações introduzidas nos principais artigos sobre precedentes, os arts. 520 e 521, do Capítulo XV, que trata exatamente “Do precedente judicial”.

“Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência<sup>42</sup> e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e

.....  
dito de outra forma, a circulação de modelos jurídicos não impõem jamais uma absoluta congruência entre os modelos originários e os modelos de imitação. Nas palavras da doutrina: “È sufficiente pensare a qualsiasi fenomeno di circolazione di modelli giuridici per accorgersi che non esiste mais una vera congruenza fra il modello nel suo stato originario e il modello d’imitazioni” MATTEI, Ugo, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, p. 7. Conferir sobre a recepção constitucional no direito brasileiro do modelo de *common law* na constituição republicana ZANETI JR., Hermes, *Il valore vincolante dei precedenti*, Cap, 1; ZANETI JR., Hermes. Brasil: um país de “common law”? As tradições jurídicas de “common law” e “civil law” e a experiência da Constituição Brasileira como constitucionalismo híbrido. In: Fredie Didier Jr.; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto P. Campos Gouveia Filho. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 421/464.

42 Aqui vale observar a correta crítica de Luiz Guilherme Marinoni, válida para todas as vezes que a lei referir-se à “jurisprudência”, pois “A norma possui impropriedades, entre elas a de se referir a jurisprudência quando está aludindo a precedente”, MARINONI, Luiz Guilherme, *Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*, p. 811. Estas impropriedades devem ser sanadas pela doutrina, pois se tratam do uso arraigado da expressão “jurisprudência” que, neste texto, extremamos de forma radical do termo “precedentes”. Como vimos, neste caso, seria melhor usar o termo “decisões” ou “precedentes”, a depender do caso, em substituição ao termo “jurisprudência”. Ademais, o artigo trata do fundamento para a vinculação horizontal, impondo o dever aos próprios tribunais de racionalização. A uniformização deve garantir a estabilidade, integridade e coerência das decisões. Quanto ao dever de divulgação da “jurisprudência dominante” através da súmula da jurisprudência dominante é bom reforçar que a utilização do termo *jurisprudência* deveria ser aqui substituída por *precedentes*, mas se justifica pelo *habitus*.

segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. § 1º O



órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial. § 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.<sup>43</sup> § 3º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados

ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.<sup>44</sup> § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.<sup>45</sup> § 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou

43 Esta questão é importante. Na origem os precedentes somente tornaram-se vinculantes a partir do momento em que foi possível manter repertórios organizados de decisões jurisprudenciais. Por outro lado os *Reports* sempre foram muito distintos em relação às “raccolte di giurisprudenza”, como foi amplamente criticado e agudamente observado por GORLA, Gino. *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*. In.: Gino Gorla. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 303/329. Tendencialmente a *internet* parece aportar uma solução adequada a este problema, desde que utilizada de forma racional se permita acesso facilitado ao inteiro teor das decisões e aos precedentes, por exemplo, que orientaram as súmulas. No site do STF brasileiro, por exemplo, se podem ler todas as súmulas com hiperlinks para os precedentes em inteiro teor. No site do STF brasileiro, por exemplo, se podem ler *todas* as súmulas com hiperlinks para os precedentes em inteiro teor. No mesmo sentido, abordando a influência dos *lawreports* para a formação do *stare decisis* no *common law* norte-americano cf. MATTEI, Ugo. *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, op. cit. p. 5. O papel da informática é acentuado, na mesma obra, *Idem*, p. 173 e ss.

44 Trata-se da regra que estabelece o conceito de *obiter dictum* para o direito brasileiro, enfrentando igualmente o problema dos votos em órgãos colegiados nos quais são publicadas as decisões de diversos juízes, impedindo a consideração do fundamento determinante (*ratio decidendi*) do conteúdo de votos que não tenham obtido a concordância da maioria dos membros do órgão julgador, ou seja, somente será *ratio decidendi* o fundamento determinante que tenha obtido amparo da maioria do colegiado.

45 A norma expressamente estabeleceu o *distinguishing*, ou seja, a possibilidade de distinção do caso concreto em análise que garanta liberdade de julgamento ao juiz de primeiro grau ou do tribunal diante das particularidades do caso concreto, portanto, impedindo o engessamento do sistema.

na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*. § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.<sup>46</sup> § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.<sup>47</sup> § 9º O órgão jurisdicional que

tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão<sup>48</sup> que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. § 11. A modificação de

46 Trata-se aqui das espécies de *overruling* ou superação ligadas especialmente ao respeito à norma legal ulterior (princípio da legalidade) e à realidade contextual econômica, política e social (mutações constitucionais e do ordenamento jurídico). Como entendemos neste trabalho há uma prevalência da lei em relação aos precedentes, exceto quando a lei for decretada inconstitucional.

47 O instituto do *amicus curiae* foi introduzido no Brasil e apresenta grande importância para o papel de informação da Corte (seja como *expert testimony* ou como participação das partes interessadas mas não legitimadas no processo), bem como, para a democratização das decisões, pois agrega a participação de grupos muitas vezes de lados opostos interessados na formação do *leading case*, permitindo maior conhecimento da causa pela corte que irá decidir. Cf., na doutrina, BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006; CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 192, p. 35 e ss, 2011; FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae, repercussão geral e o projeto de código de processo civil*. In: In: DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio*

.....  
*Barradas Carneiro, em novembro de 2012*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 871/891.

48 Adotrina identificou esta hipótese de modulação na teoria dos precedentes como *prospective overruling*, ou seja, indicar em qual momento futuro a decisão irá passar a surtir efeitos. Por outro lado, a modulação dos efeitos de decisões, no controle de constitucionalidade, já é norma de direito positivo no direito brasileiro. Assim, tal premissa está adequada com a necessidade de respeitar a não surpresa do jurisdicionado, bem como de observar o imperativo da segurança jurídica. Alguns efeitos distintos desta modulação podem e devem ocorrer no campo do direito penal. Sobre o tema vale aduzir as observações de Larenz, que aponta quando o tribunal pode efetivamente atuar prospectivamente sem quebrar a relação com o princípio da legalidade e separação de poderes: “Algo diferente se passa, contudo, quando um tribunal formula regras que, em parte, não eram em absoluto necessárias para a resolução deste caso e declara, a propósito, que no futuro procederá em todos os casos segundo esta regra. Aqui, na verdade, não se trata já para o tribunal, de todo em todo, do caso concreto a resolver, mas somente da regra geral. Um tal procedimento contradiz claramente a repartição de funções entre os órgãos da legislação e os da administração da justiça. Não obstante, se em casos excepcionais este procedimento deve ser admissível, então só o será sob duas condições: a ausência de uma regulamentação legislativa pormenorizada do correspondente âmbito de questões tem necessariamente como consequência uma insegurança jurídica que é incomportável para os círculos em causa; e não se pode contar com uma rápida intervenção do legislador.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 620.

entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.<sup>49</sup>

49 Trata-se de norma de encerramento que elimina as acusações de caráter solipsista da aplicação jurisprudencial dos precedentes, entendendo por solipsista “[...] o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido” (STRECK, Lenio L; ABOUD, Georges. *O que é isto. O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78, item 5; cf., ainda, STRECK, Lenio L. *O que é isto. Decido conforme minha consciência?* 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114/116). O art. 10 prevê expressamente o contraditório prévio, como metodologia de impor ao juiz e ao tribunal a cooperação com as partes para obtenção da decisão qualificada pelo contraditório no ponto discutido, neste modelo, como a doutrina italiana também tem sugerido deva ocorrer na Itália a partir do novo parágrafo 2º do art. 101 da Constituição Italiana, também o juiz está submetido ao contraditório sendo vedados os juízos de surpresa ou terceira via, constringendo-se o juiz ao debate com as partes; por outro lado, o art. 492 estabelece duas obrigações de motivação adequada igualmente importantes para o funcionamento de um sistema de precedentes adequado. A primeira, que os precedentes são aplicados de forma distinta da leis, exigindo, quando da decisão fundada em precedentes, a demonstração da *identidade de fundamentos determinantes* (unicidade da questão fático-jurídica, *ratio decidendi* ou *holding*) entre o caso-precedente e o caso-presente, mesmo quando se tratem de enunciados de súmula ou jurisprudência dominante. O julgador deverá portanto ir além do texto da súmula para motivar adequadamente, a partir dos fundamentos determinantes encontrados nos casos-precedentes, a identidade de solução fático-jurídica aplicável ao caso-presente, sob pena de sanção de nulidade por insuficiente motivação da sentença em recurso de apelação ou em recurso às Cortes Supremas no caso de tribunal de segundo grau. Como se vê se trata de elemento claro de justificação interna da decisão - sobre justificação interna cf. Cap. 2. - e de vício formal verificável pelo simples fato da ausência do cotejo entre os fundamentos de um e outro caso; segundo, mas igualmente importante, se os tribunais e juízes estão obrigados a justificar internamente na decisão a aplicação de precedente, também estão obrigados a justificar

Como se observou acima, o modelo brasileiro atende, de forma ampla, as expectativa de disciplina dos precedentes sem ofender os princípios da separação dos poderes, da legalidade, da independência do juiz e da vinculação do juiz ao direito.

Muito embora tenhamos feito alguns comentários intercalados em notas de rodapé, convém reforçar algumas premissas sobressaem do modelo de precedentes que está para ser adotado no direito brasileiro de forma a fixar as orientações tomadas pelo Projeto de Lei 8.046/2010:

a) *ratio decidendi* ou *holding*. O Projeto afirma que a *ratio decidendi* é estabelecida a partir dos fundamentos determinantes, compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecidos pelo precedente. Assim, independentemente de terem sido sumulados ou identificados na jurisprudência dominante dos tribunais, no modelo adotado no Brasil, não há/haverá dispensa da análise dos precedentes em razão das súmulas, ou seja, as súmulas somente podem ser adequadamente compreendidas à luz da leitura dos precedentes e dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos julgadores. Constitui vício na motivação judicial, patente de anulação da decisão, a falta de menção aos fundamentos determinantes da decisão (art. 499, § 2º, I do projeto do CPC). Observe-se que, por outro

internamente a sua não aplicação quando estes forem alegados pelas partes. A obrigatoriedade de motivar a decisão está prevista no projeto de lei também para os casos em que o julgador deixar de aplicar precedentes invocados pela parte, nestes casos, ele deverá demonstrar sua distinção (*distinguishing*) com o caso em julgamento ou a superação (*overruling*) do entendimento invocado pela parte.

lado, a técnica das súmulas, como método de trabalho, visa à explicitação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi* ou *holding*). A legislação projetada impõe aos julgadores, no elaborarem as súmulas, a referência aos fundamentos de fato que justifiquem a sua edição, conjugando o princípio de direito estabelecido como regra jurídica com os *material facts* ou fatos relevantes que formam a base contextual da decisão (art. 520, § 2º). Esta observação também deve valer para a elaboração das ementas. Atualmente as súmulas e as ementas dos julgamentos são menos rigorosas, a tal ponto que a doutrina corretamente afirmou que “quem vê ementa, não vê precedente”,<sup>50</sup> no projeto o legislador tentou mudar esta visão.<sup>51</sup> Portanto, na disciplina formal projetada, a *ratio decidendi*

50 SILVA, Sandoval Alves da; MAGALHÃES, Breno Baia. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2014, vol. 3, p. 211/238. Note-se, contudo, que as ementas já começam a ser utilizadas como instrumentos de simplificação da compreensão da *ratio decidendi*, como revela o enunciado do art. 208 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia para determinar que a ementa constitui parte integrante do acórdão e deverá explicitar a *ratio decidendi*. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 386, nota 25.

51 Vale aqui a menção de uma claríssima reserva interpretativa em relação às súmulas (massime) trazida por Gino Gorla, válida também para ementas, “Si note bene: la massima è già un’interpretazione (buona o cattiva) della sentenza; sicchè la citazione della massima, senza aver letto la sentenza, vale quanto una citazione di seconda mano.” GORLA, Gino. <<Brevi temporis praescriptio>> e <<neglectio>> della giurisprudenza. In: Gino Gorla. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 475/488, esp. p. 484.

é estabelecida a partir dos fundamentos determinantes de fato e de direito, sendo as súmulas (e também as ementas) uma técnica de externalização deste conteúdo;<sup>52</sup>

a’) o *obiter dictum*. Da mesma forma do item anterior, o Projeto de Lei estabelece o conceito de *obiter dictum* no art. 521, § 8º, excluindo, do efeito vinculante, os fundamentos “prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão”,<sup>53</sup> e “não adotados ou referendados

52 Neste sentido, mas abordando a formação das máximas da jurisprudência italiana, afirma Marino Bin: “Ma la massima ha una funzione diversa da quella di enunciare astratti punti o principi di diritto. Essa aspira ad incarnare un precedente dotato di efficacia persuasiva, nei confronti di giudici che sono investiti di fattispecie concrete differente rispetto a quella oggetto del giudizio il cui provvedimento viene massimato. E questi giudici debbono essere messi nella condizione di sapere se le differenze della fattispecie al loro esame nei confronti del precedente sono in qualche modo rilevanti. In altre parole, essi hanno qui bisogno non di un astratto principio di diritto, bensì di una concreta *ratio decidendi*, che come ci insegnano gli studiosi anglosassoni (secondo un approccio che, malgrado le differenze tra le relative strutture processuali è lecito trasferire con gli opportuni adattamenti alla nostra esperienza) è formata dalla connessione della *regula juris* con i c.d. *material facts*, che noi potremmo tradurre con <<fatti rilevanti>>. Ecco allora emergere criteri di una corretta confezione delle massime, per quelle ipotesi, più o meno numerose, in cui l’enunciazione del mero punto di diritto non può ritenersi sufficiente al fine di individuare l’ambito di efficacia del precedente: si tratta di ricorrere a determinazione categoriali sufficientemente ristrette per far risaltare le peculiarità rilevanti del caso o, per lo meno, come talvolta si vede anche nelle massime ufficiali della Cassazione, si tratta di dare una indicazione riassuntiva della fattispecie decisa”, BIN, Marino. *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995, p. 223/224.

53 Trata-se da teoria dos fundamentos imprescindíveis ou *sinequa non* na identificação do núcleo do precedente, portanto, os argumentos *a latere*, comentários, adiantamento de entendimentos futuros do tribunal, considerações doutrinárias, não fazem parte da *ratio decidendi*, não constituindo os fundamentos imprescindíveis para a adoção da decisão e ficando a parte do *holding*, ou força vinculante do precedente.

pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão”. Resolve-se assim o problema das decisões de órgãos colegiados, nas quais os temas enfrentados nos votos não necessariamente tenham sido decididos por todos os julgadores;<sup>54</sup>

b) *vinculatividade normativa formal horizontal (de jure)*. Estabelecida por nós item 4.3 como base racional para a aplicação normativa formal dos precedentes também é reconhecida no Projeto a partir do dever de uniformização e manutenção da estabilidade, integridade e coerência dos precedentes. Diz o Projeto que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*” (art. 520, *caput*), e mais, para superar os precedentes o art. 521, § 1º exige, em determinados casos, o seguinte:

b’) *vinculatividade formal horizontal em senso forte*. Neste caso, é prevista uma hierarquia entre os precedentes dos órgãos de composição mais ampla dentro do tribunal em relação aos órgãos fracionários, bem como é exigido quórum qualificado para a superação do precedente (art. 521, § 1º, inciso I, que remete à lei da súmula vinculante, a qual determina o quórum qualificado de dois terços do tribunal para alteração da súmula);

c) *vinculatividade formal vertical*. Estabelece uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras, Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional,

54 Teoria dos fundamentos não ratificados ou não aprovados pelo órgão colegiado, os quais, não sendo determinantes para a conclusão final por terem adoção parcial, não expressam o entendimento da corte, não tendo força vinculante.

e as demais cortes de “apelação” (tribunais de justiça dos estados e tribunais regionais federais) e juízes a estas vinculados;

c’) *vinculatividade formal vertical em senso forte*. Afirma o Projeto não caber aos órgãos de hierarquia inferior o desrespeito ao caso-precedente, quando houver alegação de desrespeito à autoridade do caso precedente será aberta a via da impugnação direta aos órgãos superiores (v.g., mediante a ação de reclamação, no caso das súmulas vinculantes, independentemente das vias ordinárias de impugnação da decisão).<sup>55</sup>

d) *Distinguishing*. O Projeto prevê a possibilidade de afastamento/distinção entre o caso-atual e o caso-precedente atribuída a todos os juízes ou tribunais, por força da inafastabilidade de novas circunstâncias fáticas (particularidade de cada caso), incumbindo ao julgador do caso-atual demonstrar “[...] fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa” (art. 521, § 9º);

e) Legalidade e separação de poderes. Percebe-se a todo momento na redação do Projeto o respeito à legalidade e a separação de poderes, ou seja, a lei somente será afastada quando inconstitucional, sendo o papel dos

55 Com a finalidade de manter a coerência, o próprio projeto de lei define as hipóteses de cabimento da ação de reclamação: “art. 1001. 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 súmula vinculante; IV – garantir a observância da tese firmada em julgamento de casos repetitivos; V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência. [...]§ 3º A hipótese dos incisos III, IV e V compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e a sua não-aplicação aos casos que a ela correspondam.”

precedentes um papel de cooperação na divisão de tarefas entre o legislador e os juízes (art. 521, *caput*, conferir o quanto dissemos no Cap. 2 e 3.2). Tanto é assim que a existência de nova lei, válida substancial e formalmente, determina o afastamento ou superação do precedente (art. 521, § 2º “[a] modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se [...] na revogação ou modificação de norma em que se funda a tese [...]”).

#### 4. Conclusões parciais

Estas menções diretas aos precedentes no novo CPC permitem compreender a importância que o tema dos precedentes tem no momento presente e terá no futuro próximo do desenvolvimento do direito brasileiro.<sup>56</sup>

56 Basta observar que a doutrina já influenciou a redação do CPC no sentido de permitir o advento de um modelo de precedentes adequado às exigências teóricas e apto a conformar-se com o nosso ordenamento constitucional, assim como tem sido sensível as mudanças feitas no projeto para adequação do modelo à constituição. Neste sentido, Lenio L. Streck mudou de opinião com os ajustes que foram efetuados no projeto do CPC, sendo que para o autor a obrigatoriedade de fundamentação racional e a vedação da surpresa (juízos de terceira via) obrigando os juízes a debater com as partes as decisões teria resolvido grande parte dos problemas da aplicação dos precedentes no CPC projetado. “Um ponto importantíssimo foi a aceitação por parte do relator da introdução de um novo parágrafo no artigo 521 do Projeto (talvez sejam inclusos outros). Por esse novo preceito, “O órgão jurisdicional observará o disposto no artigo 10 e no artigo 499, parágrafo 1º, na formação e aplicação do precedente judicial”. Bingo. Trata-se da adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa.” STRECK, Lenio. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>, acesso em 02.12.2013. Além disto, entende que a vinculação hermenêutica horizontal para os próprios tribunais superiores, a exigência de coerência e integridade nas decisões, para além da estabilidade, mitigaram os impactos negativos da adoção

Sem a observância do princípio da universalização e da vinculatividade horizontal este modelo será arbitrário e contrário ao Estado Democrático Constitucional.

Cabe aos intérpretes zelar pela coerência do ordenamento jurídico e aos julgadores perceber que não se pode mais afirmar, como se fazia no passado próximo (e muitas vezes ainda se escuta nos corredores dos tribunais, escritórios de advocacia e nas escolas de Direito): “cada juiz uma sentença”, “precedentes você tem os teus, eu tenho os meus”, “jurisprudência se encontra para todos os gostos e lados”.

Esperamos que o projeto do novo CPC coerentemente aplicado sepulte definitivamente o solipsismo judicial, reduza o ativismo judicial pernicioso e com isto o mal vezo de decidir conforme a “cara” do cliente.

dos precedentes. “Veja-se: a crítica que eu fazia de que apenas o “andar de baixo” estava obrigado a cumprir a criteriologia e apenas estes (juízes e tribunais não superiores) estavam obrigados a seguir a jurisprudência, agora está sanada, porque o “andar de cima” está jungido a sua própria jurisprudência. E não poderá mudá-la a seu talante. Vitória da hermenêutica e da democracia. Outro ponto importante — e que constava de minha crítica — era sobre a obrigação dos tribunais manterem a estabilidade da jurisprudência. Dizia eu que 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. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem. A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento de uma sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade.” *Idem, ibidem*.