

Lucas Buril de Macêdo

**PRECEDENTES
JUDICIAIS**
e o Direito Processual Civil

5.^a edição
Revista, atualizada
e ampliada

2024

DA POSSIBILIDADE E DA NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. APORTES TEÓRICOS QUE FUNDAMENTAM A TEORIA DOS PRECEDENTES

4.1.1. O neoconstitucionalismo e o direito brasileiro

“Neoconstitucionalismo”, importa notar, tem mais de um sentido.¹ São enumeradas, por PAOLO COMANDUCCI, três significações para o termo: a teórica, a ideológica e a metodológica. No primeiro sentido, neoconstitucionalismo como teoria, são assumidas várias características – como a expansão constitucional, um catálogo de direitos fundamentais e peculiaridades interpretativas – que põem esse modelo como alternativa ao juspositivismo tradicional. No segundo sentido, ideológico, neoconstitucionalismo significa a pretensão de garantir primariamente os direitos fundamentais e, além disso, de limitar o poder estatal, constituindo o ideal do Estado Constitucional e Democrático de Direito. No terceiro sentido, o neoconstitucionalismo metodológico, tem-se a concepção de que o direito é vinculado à moral, e atenua-se a diferença entre ser e dever ser, propondo-se que o controle racional das decisões vai além do controle lógico, da mera subsunção.²

Assim, o neoconstitucionalismo, como corrente teórica, explica um fenômeno relativamente recente no Estado Constitucional contemporâneo. As ideias que representa crescem em influência com o tempo e já estão presentes fortemente no direito italiano e espanhol, na Europa, e na América Latina (especialmente Argentina, Brasil, Colômbia e México).³

O maior problema não é definir “o que é” o neoconstitucionalismo, mas sim determinar “qual é o seu conteúdo”. O neoconstitucionalismo, na verdade, não pode ser reduzido a um único grupo de ideias ou elementos estruturais. Pelo contrário,

-
1. Sobre a cunhagem do termo, ver: JARAMILLO, Leonardo García. “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”. CARBONELL, Miguel; ____ (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 210-213.
 2. COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 82-87. No mesmo sentido: SANCHIS, Luis Pietro. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 123.
 3. CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. ____; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El cãnon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 153.

são acomodadas sob a bandeira neoconstitucionalista várias teorias e elementos estruturais distintos, até mesmo incompatíveis entre si. Correntes de pensamento dissociadas umas das outras, como *e.g.*, a teoria da argumentação de ROBERT ALEXY, o principiologismo de DWORKIN e a jurisprudência hermenêutica de FRIEDRICH MÜLLER são classificadas como pertencentes ao neoconstitucionalismo, o que acaba por ensejar fortes críticas a esse movimento e tornar bastante difícil, senão impossível, a definição de suas características.

Embora realmente exista vasta diferença entre teorias classificadas como neoconstitucionais, é possível expor algumas características atribuídas a esse movimento teórico – ainda que sem exclusividade ou unanimidade.⁴

Primeiramente, ocorre o que se denominou de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, que se entende como o processo de transformação de todo o sistema jurídico segundo o qual ele é “impregnado” por normas constitucionais. Caracterizam-se ordenamentos constitucionalizados pela presença de uma Constituição invasora, penetrante, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência e também as relações sociais.⁵ A constitucionalização, por sua vez, possui uma série de condições: 1) a rigidez constitucional: as normas constitucionais possuem nível hierárquico superior e a sua modificação, quando possível, precisa ser realizada mediante um processo especial de revisão; 2) garantia jurisdicional da Constituição,⁶ isto é, é preciso que seja previsto um ou vários órgãos capazes de exercer o controle sobre os atos que ferem normas constitucionais; 3) a força vinculante da Constituição, significando a adoção da ideia de que toda norma constitucional é uma genuína norma, obrigatória e suscetível de produzir efeitos jurídicos; 4) A interpretação extensiva da Constituição, significando que do texto constitucional deve ser extraído o maior número possível de normas, dando-lhe máxima vinculatividade; 5) A aplicação direta das normas constitucionais, no sentido de que a norma constitucional pode ser aplicada pelos juízes e pode produzir diretamente seus efeitos; 6) A interpretação das leis em conformidade com a Constituição; 7) A influência da Constituição sobre relações políticas: as normas constitucionais passam a determinar que algumas opções políticas respeitem um mínimo conteúdo valorativo.⁷

Segundo, o neoconstitucionalismo se destaca por um amplo catálogo de direitos fundamentais. A previsão desses direitos fundamentais é incompatível com o ideal de Estado legalista, e se eles eram previstos neste, eram-nos apenas como enunciados programáticos, o que não corresponde ao seu perfil no paradigma neoconstitucional:

4. É importante perceber que muitas características do neoconstitucionalismo, como a previsão de direitos fundamentais, não são dotadas de novidade, mas sim foram incorporadas de movimentos anteriores. Ver: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38. CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, cit., p. 158.

5. GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49. No mesmo sentido: COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico*, cit., p. 83.

6. Para alguns, o controle de constitucionalidade não é efetivamente realizado por meio da *jurisdição*.

7. GUASTINI, Riccardo. *La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, cit., p. 50-58.

os direitos fundamentais são compreendidos como efetivamente jurídicos e requerem a atuação concretizadora estatal em todas as suas esferas.⁸

O neoconstitucionalismo propõe uma aproximação entre o direito e a moral. Essa aproximação é defendida especialmente mediante a ascensão dos princípios à categoria das normas, juntamente às regras. Os princípios seriam valores positivados que correspondem à exigência de justiça, tornando o método jurídico menos rígido e mais dúctil, isto é, mais flexível e problemático. A partir da operação com princípios, reforça-se a necessidade de uma metodologia diferente da dedutiva, impondo-se uma prática mais argumentativa, direcionada ao balanceamento dos princípios e valores para a solução mais justa dos casos concretos e suas singularidades.⁹

Finalmente, uma nova concepção de Constituição requer uma nova postura interpretativa. O que se pode dizer coincidente em todas as distintas posições neoconstitucionalistas, fundamentalmente, é a crítica ao positivismo jurídico. Ao se ligar o positivismo ao Estado de Direito do século XIX, à supremacia da lei e ao sistema de fontes, submetem-se tais temas à crítica e à reconstrução. Muito embora o conteúdo das proposições neoconstitucionais varie muito, todas apontam no mesmo sentido. Dessa forma, as posturas neoconstitucionalistas tipicamente defendem que a própria vontade política, vista no positivismo como superior e definitiva do direito, deve se subordinar às normas constitucionais.¹⁰

As características apontadas reforçam o papel dos juízes no Direito, passando o trabalho do Judiciário a ser considerado essencial para o equilíbrio e fechamento do sistema. Notadamente, o exercício do poder jurisdicional pressupõe a ampla participação social e, especificamente, das partes do processo, como o próprio critério de validade da decisão. Isso acaba por tornar pouco críveis posições no sentido da ausência de criatividade na atividade jurisdicional. Nesse sentido:¹¹

In questa dinamica giuridica estremamente complessa – in cui si affiancano costituzioni, leggi ordinarie, leggi regional, direttive europee, ma anche consuetudini e dottrine – la giurisdizione, sia ordinaria che costituzionale, ha assunto una funzione fondamentale di equilibrio tra legge, diritti e giustizia. Una funzione ben

8. POZZOLO, Susanna. "Un constitucionalismo ambiguo". CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 190.

9. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 109-120.

10. POZZOLO, Susanna. "La concepción neoconstitucionalista de la constitución". CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 167. Nesse sentido: "Muchos espacios que antes eran privados de la política pasan ahora a ser controlados también por el derecho: prácticamente todos los actos 'discrecionales' de los poderes públicos pueden ser, en mayor o menor medida, susceptibles de control jurisdiccional; de manera que apenas existen ya actos puramente políticos. Los límites entre el derecho, la moral y la política tienden a desvanecerse o, al menos, las fronteras entre esos tres clásicos campos de la razón práctica se hacen más fluidas: los principios y valores morales y políticos (incorporados a la Constitución) forman parte del derecho y, en consecuencia, el razonamiento jurídico, a partir de esos materiales, no puede verse como un razonamiento 'insular': los elementos morales y políticos juegan también un papel, aunque eso no signifique desconocer las peculiaridades de la argumentación jurídica (judicial)" (ATENZA, Manuel. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 266).

11. SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa – Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 623.

più rilevante di quella, deliberatamente riduttiva, ad essa assegnata nel sistema introdotto sul continente con le codificazione dell'Ottocento.

Interessa notar que o ideal neoconstitucionalista foi amplamente adotado no direito brasileiro, tornando-se verdadeiro marco do direito contemporâneo. A partir do final do século XX e início do século XXI, “a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios”, fundamentada no debate jurídico acerca da constitucionalização do direito e do neoconstitucionalismo.¹²

Como se disse, reúne-se sob o adjetivo neoconstitucional uma gama de teorias bastante distintas entre si.¹³ Deve-se reconhecer, no pertinente ao objeto desse estudo, que *para todas elas a relevância dos precedentes judiciais é sobrelevada*.

Isso ocorre porque há uma renovação do entendimento acerca da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, um aumento substancial de sua importância.¹⁴⁻¹⁵ O destaque dos tribunais constitucionais advém da ideia de normatividade da Constituição juntamente com a previsão, comum nos sistemas jurídicos do Ocidente, de que esses mesmos tribunais são os guardiões e intérpretes finais da Constituição. A partir do momento em que se compreende a Constituição como vinculante, hierarquicamente superior, é atribuída eficácia direta às suas normas e confere-se ao Judiciário o dever de controlar os atos inconstitucionais e o dever de aplicar abertamente as normas constitucionais, sobretudo mediante a concretização

12. NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 171. Nesse sentido, em perspectiva menos crítica: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327-340.

13. Ressalte-se que se intentou reportar as características do neoconstitucionalismo, embora não se concorde com todas, ao menos da forma como são postas. Evita-se, nesta sede, discutir o que é apropriado ou não para figurar numa teoria neoconstitucional, por transbordar os limites desta dissertação. Todavia, cumpre ressaltar a muito pertinente crítica: “El imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no me parece que haga nada más que elevar un nuevo ‘rey’ por encima del Derecho, y quien tuviera la ‘sapiencia’ para acceder al ‘conocimiento moral’ podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política. La tesis de la conexión entre Derecho y moral no es necesaria para la teoría si se muestra dañina (o peor) para el neoconstitucionalismo. El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del Derecho en la moral. Y una teoría de los límites jurídicos del poder tiene fuerza en la medida en que, separando el Derecho real del Derecho ideal, no se disuelve en un ‘mar de buenos consejos’, ya que sólo con la separación conceptual el ideal jurídico permanece como independiente del sistema concreto, y la crítica entonces posible y provechosa, tanto en el nivel teórico como en el nivel político. Que, luego, no de crítica sino de justificación de cualquier género se requiera cuando se argumente para la positivización de un nuevo derecho, o para argumentar una nueva concepción de un derecho ya existente, es un discurso típicamente constitucionalista conectado al aquí expuesto, pero fundado claramente sobre motivos de política del Derecho, del todo legítimos e importantes, pero que no tienen nada que ver con el discurso teórico propiamente dicho, y del que debe ser separado. Esto, claro, asumiendo que, como escribía Bobbio, se quiera hacer teoría y no ideología. Pero, quizá, el neoconstitucionalismo no ha decidido todavía si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas las cosas. Pero esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, si no otra cosa, un constitucionalismo ambiguo” (POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 210).

14. Mais propriamente: “Lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama ‘Estado de derecho’ es precisamente el papel de juez” (POZZOLO, Susanna. *La concepción neoconstitucionalista de la constitución*, cit., p. 182). Como se verá adiante, é justamente este papel peculiar dos juízes que torna necessária uma teoria dos precedentes obrigatórios.

15. Note-se que, em alguns países, os órgãos que fazem controle de constitucionalidade não são integrantes do Judiciário.

dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais. Torna-se, por isso, imperioso atribuir força vinculante aos precedentes dos tribunais constitucionais.¹⁶ Isso chega a ser sugerido por alguns sob o argumento de que esses tribunais declararíamos o “verdadeiro significado” da Constituição.¹⁷

Deve-se reconhecer que a adoção do neoconstitucionalismo enseja a formulação de uma teoria dos precedentes obrigatórios. Todavia, diante da existência de diversas proposições quanto ao conteúdo dessa teoria, é importante destacar quais são os elementos contidos nela que são essenciais para o *stare decisis*, isto é, aqueles que tornam a sua construção possível e, mais do que isso, imprescindível.

4.1.2. O resgate da dimensão interpretativa e problemática do direito como argumento fundante da importância dos precedentes judiciais

No direito brasileiro, tributário da tradição de *civil law*, era muito comum a exaltação da lei como expressão única do Direito e a compreensão da interpretação como ato de revelação da vontade do legislador, ou seja, seria exigido que o intérprete se colocasse no lugar do legislador e executasse o seu pensamento.¹⁸ Esse tipo de alvitre é típico do racionalismo, que “procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica”, e foi assumido pelo positivismo legalista, fazendo equivaler texto e norma e lei e Direito, o que acabou por eliminar espaço para a preocupação com a hermenêutica e com a retórica.¹⁹

Realmente, ao se conceber o Direito como algo posto anteriormente de forma completa e acabada, não há razão para se preocupar com o método de aplicação, que se limitaria à repetição mecânica dos ditames da lei. Nesse sentido, a interpretação seria a averiguação do significado objetivo dos textos normativos ou da intenção subjetiva de seus autores, e a argumentação serviria tão somente para demonstrar o erro ou acerto empírico do resultado proposto.²⁰ É importante perceber que a abordagem de Kelsen quanto à interpretação já eliminara esse tipo de percepção,

16. Nesse sentido, torna-se muito interessante o apontamento de que, na corte constitucional italiana, já funcionaria uma espécie própria de *stare decisis*, mesmo que esse princípio não estivesse explicitamente reconhecido: PIZZORUSSO, Alessandro. *Stare decisis e Corte Costituzionale*. In: Giuseppino Treves (org.). *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Torino: UTET, 1971, p. 31-82.

17. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. “Precedent in Spain”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 279. Como se verá adiante, não se adota tal concepção, por ser insuficiente e defeituosa.

18. De forma mais ampla, sobre a execução desta forma de pensar o Direito: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 35-36. A passagem refere-se ao pensamento de Windscheid, um dos mais célebres positivistas legalistas.

19. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., p. 24. Expõe o saudoso Professor: “A produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o Direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico”. Ver também WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 285. Apontando a relação desses postulados, e de sua superação, com o pós-positivismo: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 314-319.

20. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., 139-140. O jurista italiano enquadra tais percepções da interpretação como teorias cognitivas ou formalistas da interpretação. No mesmo sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, cit., p. 33. Sobre a derrocada da percepção positivista: KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da

ANÁLISE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS APLICADA

8.1. A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS AO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é expor as principais influências e aplicações do *stare decisis* no direito processual brasileiro,¹ nos moldes da teoria dos precedentes desenvolvida nos últimos três capítulos. Obviamente, o extenso e árduo trabalho de repensar o processo civil a partir do amadurecimento do *stare decisis* brasileiro não pode ser cumprido de forma exauriente aqui. O trabalho requer um esforço comum e continuado da doutrina e dos juristas práticos.

De toda forma, o trabalho de reestruturação da dogmática processual civil, inclusa agora em um sistema jurídico que alberga os precedentes judiciais como fonte obrigatória do direito, é imprescindível, diante das inúmeras transformações na Teoria Geral do Direito² e da própria reformulação do devido processo legal. Isso porque o processo passa a ser ambiente de construção não apenas da decisão do caso (que pode ser vista como uma *norma individual*), mas também de construção de uma norma geral (ou, mais propriamente, universalizável). O texto da decisão servirá como referente normativo para a *ratio decidendi*, norma universalizada a partir do caso que, ao menos potencialmente, pode ser aplicada a uma infinidade de causas.

Deve-se reconhecer: o processo não é apenas de construção da decisão, mas também serve a uma construção particular do próprio sistema jurídico.³ A decisão, como precedente, passa a ser universalizada. A partir dessa contribuição teórica, o processo é *meio* pelo qual uma ou mais normas serão geradas ou especificadas. Isso, claramente, faz necessário que se repense o direito processual civil de matiz

1. Ao se mencionar “direito processual”, pretende-se abranger não só o civil, mas também o constitucional. Sobre a concepção do direito processual constitucional, ver DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 107-125.

2. Sobre o ponto: DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 149-165.

3. Veja-se, a propósito, o art. 1º da Recomendação n.º 134 do CNJ: “O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica”.

individual e que, ao se considerar os precedentes obrigatórios, institutos e técnicas processuais sejam repensados e remodelados.⁴

Neste momento, a preocupação será em demonstrar algumas contribuições do *stare decisis* que influem diretamente no modo de pensar os institutos de direito processual. Nota-se que essas contribuições não devem partir de uma teoria dos precedentes totalizadora, que elimine a lei como fonte de normas, mas que se preocupe em uma coordenação de fontes e parta de uma noção de processo que equilibre a obrigatoriedade dos precedentes com as exigências do devido processo legal. Além do mais, a teoria dos precedentes não pode negligenciar que o precedente judicial é texto e, por isso mesmo, carece de interpretação, evitando a permuta de um juiz *bouche de la loi* por outro que seja caracterizado como boca da jurisprudência ou dos precedentes, ou ainda, como boca que se limita a repetir as palavras do tribunal superior.⁵

O juiz de primeiro grau e o diálogo processual, de uma forma mais ampla, mediante as contribuições dos sujeitos parciais, têm um papel ainda mais relevante a partir da institucionalização dos precedentes obrigatórios do que já tinha no direito brasileiro – destacando-se que essa função já era reconhecida como proeminente, diante do Estado Democrático, que fundamenta a perspectiva cooperativa do processo. A construção eficaz de um precedente judicial depende diretamente das características do processo, sobretudo da amplitude do diálogo. Afora a construção do juízo fático-probatório, de suma importância para definir a aplicabilidade do precedente, o juiz de primeiro grau, a partir das distinções, é, em regra, o primeiro a trabalhar com a *ratio decidendi*, ou seja, a usar uma anterior decisão como fonte normativa, o que é um labor fundamental para a definição do ordenamento jurídico.

Apelar para métodos pré-concebidos e rígidos não é a solução. Assim como a sua construção, a reconstrução dos precedentes para que sejam aplicados nos casos subsequentes é argumentativa, e, portanto, a ampla participação dos sujeitos processuais subsequentes à geração do precedente deve ser permitida – mais do que isso: a participação é direito fundamental processual que não pode ser suprimido –, senão no sentido da superação do precedente obrigatório, ao menos por uma determinada interpretação que lhe seja benéfica ou pela diferenciação dos fatos substanciais de sua demanda em relação aos existentes no precedente judicial. Sem

4. “As funções da suprema corte foram estruturadas de tal arte que suas decisões, embora tomadas em processos que envolvem, formalmente, litígios interindividuais, na verdade resolvem questões relevantes de interesse geral. O caráter político ou largamente social das causas que acedem à decisão do mais alto Tribunal dos Estados Unidos é marcado pela constante intervenção de assistentes litisconsorciais do tipo *amicus curiae*, que representam de fato interesses grupais. Nesse sentido, os autores norte-americanos falam da substituição do processo bipolar pelo processo policêntrico. Ora, o princípio da força vinculante do precedente jurisprudencial transforma, de certo modo, as decisões tomadas em tais processos em verdadeiras regras gerais para o futuro, com força de lei” (COMPARATO, Fábio Konder. “Novas funções judiciais no Estado moderno”. *Revista Ajuris*, n. 37, 1986, p. 197).
5. É idêntica a preocupação em: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 372-381.

essa compreensão, que reflete diretamente no processo, é impossível a construção adequada do *stare decisis* brasileiro.⁶

É partindo dessa perspectiva, construída detalhadamente nos capítulos anteriores, que se deve olhar a dogmática processual civil, realizando ajustes em velhas figuras – antes completamente alheias a tal função do processo. Assim, é necessário que se perceba, por exemplo: as modificações na configuração da decisão judicial, as distinções entre o precedente no controle difuso e no controle concentrado, o papel que cabe às súmulas dos tribunais cumprir nesse novo contexto, o despropósito da ofensa ao precedente judicial como hipótese de cabimento de reclamação constitucional, a importância dos precedentes judiciais obrigatórios para racionalizar a solução das demandas repetitivas, com destaque para o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento para julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, o modo mais adequado para o uso dos poderes decisórios do relator e a correspondente função do agravo interno, a possibilidade de tutela de evidência com alicerce em precedentes obrigatórios, a contribuição dos precedentes para delimitar a licitude da pretensão à tutela jurídica e do direito de defesa (litigância de má-fé).

Antes de prosseguir, no entanto, é importante alertar que um novo Código traz sempre o *risco de simplificação*, que não pode ser permitida, especialmente quanto aos precedentes obrigatórios. É natural a tentativa de *quebra de complexidade*, que pode repercutir em um literalismo exacerbado por parte dos intérpretes, que acabam por se esquecer do – ou voluntariamente excluir o – caráter essencialmente retórico e argumentativo do direito e da vagueza e ambiguidade dos termos legais.⁷ No atual cenário de discussões sobre o CPC/2015 não são poucas as tentativas de realizar construções simplistas – e, por isso mesmo, manifestamente insuficientes – com base na literalidade do texto dos dispositivos normativos.

Todavia, cumpre o alerta, ainda que geral: o que *a priori* parece simples pode – e normalmente é o que acontece –, mediante argumentação e reconstruções pontuais, chegar no mesmo ou semelhante patamar de complexidade que a nova regra tenha por ventura tentado abolir. Isso é natural, seja pelas inegáveis e inevitáveis aberturas da linguagem e criatividade da interpretação, ou ainda pela institucionalização da criação de normas jurídicas pelo Judiciário, mediante a operação com princípios.⁸

6. Apenas a título exemplificativo, é preciso cuidado com ideias extremadas, como a que propõe se prescindir do exame da admissibilidade do recurso para aplicação de precedente – supondo que a identificação e o juízo de aplicação de precedente judicial são operações simples. A ideia consta em: SILVA, Michelle Najara Aparecida. “Aplicação parametrizada dos precedentes judiciais no conhecimento dos recursos no STJ como técnica de gestão processual voltada para redução dos efeitos da jurisprudência defensiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2020, vol. 302, p. 343-376.

7. Sobre o tema: RENDLEMAN, Doug. “Simplification – A Civil Procedure Perspective”. *Dickson Law Review*, vol. 105, 2001, p. 241-246.

8. “Legal language which ultimately expresses governmental power almost always requires interpretation. The meaning of important terms is open, porous, permeable, and changing. The language of a legal rule, a legal realist would say, has play in the joints. Lawyers learn in law school to accept, even exploit, process and uncertainty. Legal language on this plane is primarily a technique of analysis, rhetoric, and argument about how to use the political process, including a judge and a jury, to determine who gets what, where, when and how” (RENDLEMAN, Doug. *Simplification – A Civil Procedure Perspective*, cit., p. 245).

Ora, em tema de precedentes obrigatórios a relativa novidade do tema torna ainda mais problemática a questão – como se verá especificamente ao analisar os arts. 926 e 927 do CPC –, diante do grande número de desafios que o novo regramento, e sobretudo sua aplicação, carregam ao reboque. Não há de se esquecer que precedentes judiciais é, além de um tema clássico de fontes do direito, trabalhado intensamente na tradição de *common law* e na Teoria do Direito. Essas lições não podem ser olvidadas pelos processualistas, pois, sem elas, ter-se-á uma abordagem inadequada do tema – mistificadora –, causando incompreensões, e, por consequência, uma série de problemas pragmáticos – diga-se de passagem, aliás, que tais problemas já estão bem presentes no texto legislativo, já repercutiram em decisões judiciais e precisam ser objeto de crítica e reconstrução pela doutrina.

8.2. O REGIME JURÍDICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

8.2.1. O CPC/2015 e a proteção da segurança jurídica

O Anteprojeto de Código de Processo Civil foi revelado em 8 de junho de 2010, fruto do trabalho de uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379 de 2009, o então Senador José Sarney. A mencionada Comissão,⁹ presidida pelo Ministro Luiz Fux, após período no qual foram realizadas várias audiências públicas, elaborou o principal material a partir do qual se construiria, de forma democrática, a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Foram mais de quatro anos de tramitação entre as duas Casas Legislativas, envolvendo diretamente centenas de pessoas e suscitando muitos debates e propostas, o que ensejou intenso envolvimento da comunidade acadêmica acerca do então vindouro Código. Pessoas dos mais diversos lugares do Brasil, com formação distinta e matizes teóricas variadas, trouxeram pontos importantes às discussões e, assim, ao próprio Código de Processo Civil – que ganhou um colorido verdadeiramente nacional.¹⁰

Tornando os olhos para o Anteprojeto, que veio a lume acompanhado de uma importante Exposição de Motivos, vê-se que a decisão política de instituir uma renovação na legislação processual fundou-se em um descontentamento geral, tanto técnico como social, com a distribuição de justiça no Brasil. E são várias as causas apontadas e muitos os pontos onde o Anteprojeto formulado buscou soluções.¹¹ Aliás, é possível fazer referência ao próprio texto da exposição de motivos, que compilou

9. A Comissão foi presidida por Luiz Fux, teve como Relatora-Geral Teresa Arruda Alvim Wambier e seus membros foram: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizetti Nunes, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

10. Para uma análise histórica contextualizada e uma análise geral sintética do CPC/2015, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34-86.

11. Para uma visão geral, conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. "O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, n. 209, p. 350-354.

concentradamente os problemas sensíveis do direito processual e da distribuição de justiça brasileiros que serviram de móvel para a nova legislação:¹²

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O Código de Processo Civil de 2015 tem o mérito de constituir legislação alinhada com o atual estágio constitucional, tendo consagrado expressamente os ditames do Estado Constitucional, especialmente mediante enunciação de normas fundamentais. Muito embora a força da Constituição se imponha independentemente da existência de previsão expressa, não deixa de possuir um valor simbólico louvável a encampação dos importantes valores constitucionais, notadamente no Capítulo I (“Das normas fundamentais do processo civil”) do Título Único do seu Livro I (“Das normas processuais civis”) da Parte Geral do Código, que nessas disposições, e ao longo de seu texto, preza pela concretização dos princípios da segurança jurídica, igualdade e dignidade da pessoa humana.¹³

Muito embora não sejam poucas as críticas que podem (ou melhor, que *devem*) ser dirigidas ao CPC/2015 – como, por exemplo, a completa falta de análise ou realização de estudos empíricos para direcionar as mudanças, a regulação confusa e analiticamente pobre da tutela provisória, a problemática disposição acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial, a substituição do recurso de embargos infringentes pelo muito pior e mais prejudicial procedimento da técnica de julgamento ampliado, entre outras questões não mencionadas e mais várias outras que serão devidamente abordadas adiante – o fato é que, ao regular as normas fundamentais processuais, andou bem o CPC/2015, reforçando e impulsionando a cultura de respeito à Constituição e aos direitos fundamentais.

Dentre as normas fundamentais elencadas nos arts. 1º a 12 do CPC, todavia, não se vê a menção ao *princípio da segurança jurídica* – como também não foi este um valor destacado expressamente na exposição de motivos.

Nada obstante, *é completamente correto afirmar que a proteção da segurança jurídica no processo é um dos mais importantes vetores do CPC/2015*. Isso está

12. Brasil – Congresso Nacional. Senado Federal – *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 14.

13. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, n. 209, p. 350-354.

demonstrado ao longo do seu texto, ao regular uma série de dispositivos que visam concretizar a segurança jurídica nas decisões judiciais. Veja-se, apenas como exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo regime para os recursos especiais e extraordinários repetitivos. Mais ainda: a maior novidade do Código é justamente o regime de precedentes obrigatórios dos arts. 926 e 927, normatização fundada no princípio da segurança jurídica que esteve presente em todas as versões do projeto de CPC durante o seu trâmite legislativo.¹⁴

Isto tudo é muito significativo.

E não é à toa.

Com efeito, os indicadores de segurança jurídica no país costumam apontar uma efetiva e problemática falta de uniformidade na distribuição de justiça, motivando críticas doutrinárias e, inclusive, manifestações institucionais de descontentamento com este específico problema.¹⁵ Como cediço, a falta de segurança jurídica acaba por produzir resultados injustos – já que jurisdicionados em situações jurídicas semelhantes serão tratados de forma diferente – e acaba por motivar o constante ingresso de demandas que não tiveram sua solução estabilizada, causando prejuízo à eficiência da jurisdição do ponto de vista macroscópico.

Diante da sistemática do CPC/2015, pode-se afirmar que uma das suas propostas é justamente concretizar a segurança jurídica de maneira razoável, superando os problemas que foram enfrentados sob a vigência do CPC/1973. Realmente, uma das principais diferenças entre o modelo processual anterior ao do Código de 2015 e o que se instaurou é, justamente, a ênfase que se deu à proteção da segurança jurídica e da racionalidade do direito e do processo.¹⁶ É nesse sentido que se tem uma processualização verdadeiramente especializada, prevista dentro do procedimento comum, para as demandas repetitivas, totalmente pautadas na aplicação de precedentes, com previsão de improcedência liminar, tutela de evidência, julgamento pelo relator, incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. *Portanto, independentemente da literalidade de*

14. Em sentido contrário, porém sem razão, SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: Novas técnicas decisórias? In: *O novo Código de Processo Civil: Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77-78. Basicamente, afirma o autor que o que há no CPC são "diretrizes genéricas", em vez de "regulamentação procedimental". Todavia, percebe-se que são vários os procedimentos impactados pelos precedentes judiciais, quase todos os institutos processuais guardam, em alguma medida, relação com os precedentes. Aliás, todo este capítulo é dedicado a tratar de temas de processo que foram alcançados pela sistemática de precedentes, o que só demonstra a latitude do tema.

15. Ver o item 4.2, onde foram apontadas manifestações doutrinárias e institucionais neste exato sentido.

16. Muito interessante, nesse sentido, embora de maneira mais abrangente, são as considerações de Dinamarco acerca da nova fase processual inaugurada pelo CPC/2015: "A oitava fase processo civil brasileiro surgiu mediante a promulgação do novo Código de Processo Civil no ano de 2015, o qual procurou condensar as conquistas obtidas nas fases anteriores, com um grande empenho em coordená-las coerentemente em um sistema harmônico. Vê-se nesse estatuto, com especial destaque: (a) uma veemente exaltação dos ditames constitucionais em sua projeção sobre a ordem processual, (b) um empenho pela operacionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, (c) uma intensa valorização dos precedentes jurisprudenciais, (d) uma verdadeira obsessão a favorecer a aceleração dos processos mediante a supressão de atos desnecessários ou inúteis e (e) a ampliação da aptidão do sistema processual a produzir resultado úteis na sociedade" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 429).

Código, autoriza-se a afirmação de que a segurança jurídica no processo é uma norma fundamental processual implícita.

O exame que se efetiva no próximo item centra-se justamente na específica proposta do CPC/2015 de fornecer segurança jurídica, notadamente através da regulação dos precedentes judiciais,¹⁷ tratados de forma detida pelos arts. 926 e 927. Para esse exame inicial, serão avaliadas as vicissitudes da matéria ao longo do processo legislativo, nas várias versões que foram apresentadas. Quer-se, portanto, evidenciar as idas e vindas que o tema sofreu no processo legislativo, com detida análise, ao fim, do texto consagrado nos arts. 926 e 927 do CPC/2015.

8.2.2. Histórico da regulação dos precedentes no trâmite legislativo do CPC

8.2.2.1. Precedentes judiciais no Anteprojeto de Código de Processo Civil

No Anteprojeto do novo Código de Processo Civil estabelecia-se que “Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”. Ou seja, apesar do não usual verbo *velar*, a incidência normativa ensinaria para as Cortes nacionais um verdadeiro *dever*, a partir do qual certamente seria possível construir o *stare decisis* brasileiro, embora não sem algum esforço.

Para concretização do mencionado dever, no mesmo dispositivo do Anteprojeto, em seus incisos, fixava-se o seguinte: (i) os tribunais deveriam, sempre que possível, editar enunciado de súmula; (ii) os órgãos menores deveriam seguir o entendimento dos mais amplos; (iii) a jurisprudência pacificada do tribunal deveria ser seguida por qualquer órgão a ele vinculado; (iv) vinculatoriedade da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores; (v) modulação de efeitos da modificação de jurisprudência.

Além disso, previa-se o dever de fundamentação adequada e específica para a alteração do entendimento sedimentado em um tribunal, bem como o dever de regular adequadamente, mediante regimento interno, a ampla participação nos processos nos quais houver alteração de entendimento, inclusive com realização de audiências públicas.

A disposição do inciso IV estabeleceria uma norma significativa para a obrigatoriedade dos precedentes, preconizando que “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. O texto normativo foi elaborado em claro prestígio à função normativa e paradigmática dos tribunais do ápice hierárquico da pirâmide judiciária, embora ainda demasiadamente arraigada na perspectiva declaratória e legalista da jurisdição – fazendo menção expressa ao vetusto e hoje pouco compreensível princípio da

17. Já se concluiu, com base em estudos comparados, que o *stare decisis* é uma forma de garantir racionalidade aos sistemas jurídicos, pois garante um incremento de coerência, uniformidade e integridade na aplicação do direito (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. “Rationales for precedent”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 486-487).

legalidade. Veja-se que se invocava a *legalidade* como um fundamento para a força da jurisprudência, em previsão que não deixa de ser, em uma perspectiva histórica, um tanto esquizofrênica.¹⁸

Não se deve olvidar que as disposições do Anteprojeto ainda eram bastante tímidas, sem sequer mencionar o termo “precedente”, e concentravam-se, ainda, na aposta da força da jurisprudência e das súmulas – configurando apenas um tacanho avanço no sistema já presente no CPC/1973, ao menos se lido em sua literalidade.

Com efeito, é preciso ter em mente que jurisprudência não se confunde com o precedente judicial. Apesar da imprecisão semântica daquele termo,¹⁹ pode-se afirmar peremptoriamente que não são a mesma coisa. Enquanto a teoria dos precedentes trabalha a partir da importância de uma única decisão para a produção de Direito, respeitados determinados requisitos, reconhecendo o importante papel do Judiciário para criação de normas, a força normativa da jurisprudência, em sentido contrário, pressupõe a inexistência de relevância da decisão em sua unidade, mas a autoridade somente se apresentaria a partir de um grupo de precedentes e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Trata-se, destarte, de proposta adstrita à linha ideológica na qual o único órgão legitimado à produção de normas é o Legislativo diretamente ou mediante as fontes por ele reconhecidas.²⁰

Nada obstante, o dispositivo do Anteprojeto já ensejaria um incremento substancial de segurança jurídica na jurisdição em relação ao sistema do CPC/1973, especialmente se acompanhado de uma interpretação evolutiva capaz de desenvolver a potencialidade do seu texto. Ou seja, a partir do Anteprojeto, já seria plenamente possível, paulatinamente, atribuir obrigatoriedade aos precedentes judiciais – notadamente ao se trabalhar com uma factível ampliação do conceito de “jurisprudência”.

18. Afora isso, há de se convir que o tal princípio é, cada vez mais, despido de sentido no Estado Constitucional. Para uma boa crítica, cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, cit., p. 21. Realmente, impõe-se que sejam realizados estudos com o intuito de delinear a nova significação desses importantes princípios, tomando em conta a essencialidade da criatividade jurisprudencial. Nesse sentido, há proposição no sentido de que a rigidez constitucional cindiu o princípio da legalidade em dois níveis: primeiramente, aquele próprio do Estado de Direito, no sentido de subordinar o Executivo e o Judiciário à lei ordinária; e o segundo, a “*legalità costituzionale*”, expressão da subordinação do Legislativo aos princípios do Estado Constitucional (OMAGGIO, Vincenzo. *Il diritto nello stato costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 39-40). Essa proposição é simplista demais e não contabiliza sérios problemas, como a diferença que deve permear a construção jurisprudencial do Direito de acordo com o objeto. Assim, por exemplo, deve-se reconhecer que a construção judicial de normas jurídicas protetivas de direitos fundamentais é mais *fácil*, do ponto de vista da argumentação e da aceitabilidade social, do que normas jurídicas punitivas criminais. O tema é demasiadamente complexo e merece tratativa detida e apropriada em estudo à parte.

19. Conferir: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 25-47.

20. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Cristophe. *Precedent in France*, cit., p.130-131. Também apontando a diferença *quantitativa* entre os conceitos: SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*, cit., p. 143. A concepção descrita da jurisprudência fica bem perceptível em VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 173-174.

8.2.2.2. *Precedentes judiciais no PL 166/2010 (versão Senado Federal)*

Comparando o Anteprojeto com a versão final que saiu do Senado Federal percebem-se poucas mudanças. Na verdade, houve apenas a inclusão do termo “*em princípio*”, passando a ideia de ressalva ao dever de uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Segundo o texto do Projeto de CPC aprovado na primeira deliberação do Senado Federal, os tribunais, *em princípio*, velarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência.

O termo incluído tinha valor condicionante, isto é, a uniformidade e a estabilidade deveriam ser a regra, apenas não aplicáveis em situações excepcionais. O acréscimo tinha pouco valor normativo e sua inclusão só poderia significar uma escusa para o aplicador deixar de seguir a jurisprudência, inclusive por razões inadequadas. Na verdade, a inclusão não se justificava e, do ponto de vista prático, poderia ter o impacto gravíssimo de levar alguns a defenderem que a ressalva significaria a própria inexistência de um sistema de precedentes obrigatórios.

É evidente que *nem sempre* os precedentes postos devem ser aplicados: há casos em que deve ser realizada a distinção ou mesmo a superação do precedente. Isso não significa, no entanto, que os precedentes devem ser obrigatórios “*em princípio*” ou que a jurisprudência deve ser uniforme e estável “*em princípio*”, como quis fazer parecer o texto legal incluído no trâmite do Senado Federal. Na verdade, o fato de o precedente (ou a jurisprudência) poder deixar de ser aplicado, apenas significa uma coisa: não se trata de caso delimitado em sua hipótese fática ou houve a perda da sua própria força normativa como um todo (deixou de ser um precedente obrigatório ou jurisprudência). Ora, o fato de uma lei não se aplicar a um caso específico que não está previsto em sua hipótese fática não a torna menos obrigatória, trata-se apenas de um limite à sua eficácia. Igualmente, o fato de não se aplicar leis revogadas não autoriza a assertiva de que leis seriam obrigatórias “*em princípio*” – leis revogadas cessam sua existência no mundo jurídico, passando a ter relevância na qualidade de legislação apenas do ponto de vista histórico. Leis, bem como precedentes no sistema do CPC/2015, são obrigatórias. Não há que se fazer qualquer ressalva à sua obrigatoriedade por existirem limites à sua eficácia ou existência.

Esta foi, enfim, a única modificação revelada pelo trâmite do Anteprojeto no Senado Federal no tocante ao regime específico dos precedentes obrigatórios.

Diante da falta de mudanças, o Projeto continuava pautado na fortificação da jurisprudência, sem expressamente atribuir força a um precedente judicial isoladamente e, além disso, suscitando o princípio da legalidade como base para a temática, o que, como já se destacou, é bastante inusitado, visto que por muito tempo ele serviu justamente para afastar a obrigatoriedade dos precedentes judiciais.

No mais, destaque-se que, tanto no Anteprojeto quanto no Projeto aprovado pelo Senado, o tema encontrava-se nas Disposições Gerais do Título I, referente aos Processos nos Tribunais do Livro IV, “*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”.

8.2.2.3. Precedentes judiciais no PL 8.046/2010 (versão Câmara dos Deputados)

O Projeto de novo CPC tramitou na Câmara dos Deputados por mais de três anos, tendo sido realizadas mais de 100 audiências públicas e discussões nos estados. Neste monumental trabalho, foi onde a disciplina dos precedentes judiciais mais recebeu alterações. Na versão Câmara dos Deputados, o Projeto de novo CPC passou a deter um capítulo exclusivamente dedicado ao precedente judicial, qual seja, o Capítulo XV, do Título I, *Do procedimento comum*, do Livro I, *Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença*, da Parte Especial.

A modificação topológica demonstra a importância que se imputou ao tema, a ponto de destacá-lo em um capítulo próprio e adequadamente nominado. Além disso, afigurou-se acertado o deslocamento da regulação dos precedentes das *disposições gerais dos processos nos tribunais* para o capítulo próprio no livro *do processo de conhecimento*, logo em seguida à tratativa da decisão judicial. O tema precedentes judiciais é um capítulo da teoria da decisão, por isso sua ligação está muito mais afeta à decisão judicial em geral – que, como cediço, abarca também os acórdãos – do que às questões gerais sobre processos nos tribunais.

De toda forma, há de se reconhecer que a topologia do regramento dos precedentes não é um problema significativo.

Os dispositivos da versão da Câmara dos Deputados eram os artigos 520, 521 e 522. Neles, mantinha-se o dever de uniformidade e estabilidade, incluindo-se também os *deveres de integridade e coerência*. Trata-se de duas importantes somas à regulação dos precedentes, garantindo uma força ainda maior à segurança jurídica e uma maior racionalidade ao direito jurisprudencial.

Muito embora tenha se mantido o dever de editar enunciados de súmula, incluiu-se um novo parágrafo que passou a proibir que os enunciados de súmula estivessem dissociados das circunstâncias fáticas dos precedentes que arrazoaram a sua criação. Súmulas não são o melhor meio de garantir segurança jurídica, já que tradicionalmente levam a uma desconexão entre o seu enunciado e os casos que permitiram a sua edição, o que, por sua vez, enseja um déficit de facticidade, ou seja, a desconsideração das circunstâncias em que são geradas, impedindo um juízo de distinção adequado, sendo aplicadas como se fossem um texto de lei. No entanto, o então § 2º do art. 520 acabava por minimizar o prejuízo decorrente da operação com súmulas, o que fazia ao referir-se às circunstâncias fáticas de sua criação, e, com isso, valorizar o precedente paradigmático para a criação do enunciado sumular.

Concretizando os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, o art. 521 trazia um rol de precedentes obrigatórios, que estariam previstos de modo a dar efetividade aos princípios da legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo, proteção da confiança e isonomia. Deveriam ser seguidos, *“os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; 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; e os enunciados das*

súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”. Mais importante ainda era o inciso IV, que estabelecia que “*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*”.

O Projeto de CPC, ainda, foi incrementado com mais 9 parágrafos, que, além dos já previstos dever de fundamentação adequada e específica na superação de jurisprudência e poder-dever de modulação de efeitos, passou a regular o dever de fundamentação adequada na formação e aplicação dos precedentes judiciais, o dever de publicidade qualificada dos precedentes formados, a previsão de obrigatoriedade apenas da *ratio decidendi*, a previsão de não obrigatoriedade dos *obiter dicta*, a expressa permissão para realização de distinções, procedimentos qualificados para a superação de precedentes, e a disciplina dos motivos suficientes para a modificação dos precedentes.

Como se percebe, o Projeto avançou significativamente na regulação dos precedentes judiciais em seu trâmite na Câmara e passava a dar o definitivo passo em direção ao *stare decisis* brasileiro.²¹

8.2.2.4. Precedentes judiciais na Lei 13.105 de 16 de março de 2015

No caminhar legislativo, vicissitudes são inevitáveis, pois são imanentes ao processo político. A derrocada dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil bem demonstra isso, pois foi particularmente grave. O regime dos precedentes judiciais no CPC/2015, em comparação às disposições da versão Câmara dos Deputados, é bastante pobre. Na verdade, uma parcela significativa das conquistas foi descartada, com um retorno à regulação dos precedentes nos moldes de como estava na versão aprovada pelo Senado Federal.

Primeiramente, os precedentes judiciais perderam o capítulo próprio e voltaram a figurar nas “disposições gerais” do Título I, *Da ordem dos processos e dos processos de competência originários dos tribunais*, do Livro III, *Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais* da Parte Especial do Código. No CPC/2015, os precedentes são regulados nos artigos 926, 927 e 928. A alocação é bem pior, por ser pouco adequada, mas, como já frisamos, essa é uma questão menor.²²

No art. 927, retirou-se a referência aos princípios que estavam nas demais versões, e, de forma mais simples, clara e direta determinou-se que os “*juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e*

21. Sobre o tema: MACÉDO, Lucas Buriel de. “O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto novo Código de Processo Civil”. Revista de Processo, v. 237, p. 369-401, 2014.

22. Nesse sentido: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 101-102.

em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

As modificações foram péssimas.²³

Como se vê, toda referência ao termo “precedente” foi excluída. Não se fala em seguir os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); não se fala em seguir os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas (inciso III); e, também, não se fala em precedente obrigatório nos recursos extraordinários e especial repetitivos (inciso III). Com efeito, as duas únicas referências textuais ao termo “precedente” nesta regulação específica estão no dever de fidelidade às circunstâncias fáticas dos precedentes na edição de súmulas e no dever de publicidade, ao destacar-se que os “*tribunais darão publicidade a seus precedentes*”.

Pior ainda: retirou-se o texto que mencionava o dever subsidiário de seguir os precedentes advindos do julgamento de recurso extraordinário pelo pleno do STF e recurso especial pela Corte Especial do STJ. Em substituição, prevê-se que deverá ser observada “*a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*”, texto mais suscetível a problemas interpretativos. Na verdade, questiona-se os limites da norma com base no significado de “vinculação”: os órgãos do tribunal devem apenas observar o posicionamento do tribunal, representado pelo plenário ou órgão especial, ou devem observar também o posicionamento dos tribunais que se encontram em posição superior na hierarquia Judiciária? Esta é uma problemática de suma relevância que será avaliada detidamente no próximo item.

Nos parágrafos, por sua vez, conservou-se o dever de fundamentação adequada, a ampla participação na revisitação de tese jurídica consolidada, a possibilidade de modulação de efeitos na alteração de jurisprudência dominante e o dever de publicidade adequada aos precedentes dos tribunais.

Por todo o exposto, é perceptível que as modificações enfraqueceram sobremaneira a implantação do *stare decisis* brasileiro, que dependeu de esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial, para seu reconhecimento. Ademais, com o texto final do CPC/2015, assumiu-se o risco – embora ele não tenha se concretizado – de que se defendesse a completa inexistência de um dever de seguir precedentes no novo sistema processual. Por fim, mas não menos relevante, o texto normativo não possui uma boa redação e deixa uma série de problemas sem qualquer solução ou mesmo qualquer elemento que aponte uma solução, o que torna a interpretação de tais dispositivos insegura, criando o risco de que varie de órgão julgador para órgão julgador – o que pode ensejar a inusitada situação de que um

23. Semelhantemente, apontando as várias “lacunas” presentes no CPC/2015 ao regular os precedentes judiciais: FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr; Lucas Buril de Macêdo (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 532-534.