

Jurisprudência, integridade e coerência: a necessária aplicação de uma teoria do precedente no Brasil e a garantia de segurança jurídica

Eduardo Henrique Kroth

Assessor na Procuradoria da República – Município de São Miguel do Oeste/SC. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

Nélio Dariva Pires de Lima

Docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo: O artigo expõe, exploratória e explicativamente, que as diferenças entre o *common law* e o *civil law* originam-se da cisão na filosofia moderna entre os métodos empirista e racionalista. Demonstra que o primeiro possui como fundamento as decisões das Cortes, e o segundo a atividade legislativa. Diferencia jurisprudência – conjunto de decisões – de precedente – decisão paradigma. Afirma que a fundamentação é maculada pela utilização de “precedentes” de forma errônea no Brasil, citando como exemplo as súmulas vinculantes e suas falhas. Expõe que as disposições do Código de Processo Civil devem ser complementadas por uma teoria dos precedentes, que pressupõe a coerência e a força das razões das decisões. Sustenta o *distinguishing* como mecanismo de integridade e coerência e conclui apontando a necessidade do respeito às decisões das Cortes e a responsabilidade destas perante o Direito, destacando que a aplicação de uma teoria dos precedentes é essencial ao Estado de Direito constitucional.

Palavras-chave: Precedente. Jurisprudência. *Distinguishing*. Integridade. Coerência.

Abstract: The paper exposes, exploratory and explicatively, that the differences between the common law and the civil law come from the schism in the modern philosophy between the empiricist and rationalist methods. Demonstrates that the first has the Courts decisions as fundament, and the latter the legislative activity. Differentiates jurisprudence – a series of decisions – from precedent – a paradigm decision. Affirms that the reasoning is maculated by the erroneous use of the “precedents” in Brazil, naming as an example the binding pronouncements and its failures. Exposes that the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code must be complemented by a theory of precedents, that presupposes the coherence and the strength of the reasons of the decisions. Defends the distinguishing as a mechanism of integrity and coherence and concludes pointing out the necessary respect of the Courts decisions and their responsibility in the face of the Law, highlighting that the application of a precedent’s theory is essential to the constitutional Rule of Law.

Keywords: Precedent. Jurisprudence. Distinguishing. Integrity. Coherence.

Sumário: 1 Introdução. 2 A cisão entre o *common law* e o *civil law*. 2.1 O conceito de precedente e de jurisprudência. 3 A necessária fundamentação das decisões e a situação atual da jurisprudência brasileira. 3.1 A jurisprudência brasileira e suas deficiências. 3.1.1 As súmulas vinculantes. 4 As novas disposições do Código de Processo Civil. 5 A força dos precedentes. 5.1 O *distinguishing*. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente estudo pretende trazer uma discussão acerca da necessidade da adoção de uma teoria do precedente no ordenamento brasileiro, como forma de garantir a integridade do sistema e a segurança jurídica, já que os órgãos judicantes no nosso País se utilizam cada vez mais da jurisprudência. Ocorre que, pela ausência de uma teoria sólida que delimite a aplicação dos precedentes, o Direito brasileiro acaba por transformá-los em enunciados performativos, aplicados sem a devida fundamentação e justificação de aplicação ao caso.

O Código de Processo Civil trouxe como uma de suas inovações o disposto nos arts. 926 a 928, ao instituir uma incipiente teoria do precedente no sistema processual brasileiro. Tal inovação é um reflexo das mudanças e evoluções jurisdicionais do nosso ordena-

mento, especialmente em relação à crescente adoção de métodos do sistema do *common law* para se concretizar a prestação jurisdicional.

Merece destaque também que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, instituidora da súmula vinculante no País, a utilização de precedentes e da jurisprudência ganhou importância e legitimação, também como reflexo das mudanças na atuação da justiça. Porém, as súmulas vinculantes possuem diferenças fundamentais em relação aos precedentes do *common law*. Apesar de legalmente tipificadas, não possuem, ainda, uma teoria fundamental aplicada no Brasil, pelo que os intérpretes se utilizam dos precedentes de forma rasa, até rudimentar, sem que seja feita a devida análise do caso paradigma e do caso sob julgamento.

Este estudo iniciará com uma breve introdução filosófica e sistemática das tradições jurídicas supracitadas, expondo diferenças conceituais entre jurisprudência e precedentes. Concentrar-se-á, então, na necessidade de fundamentação das decisões judiciais e nas deficiências da jurisdição brasileira, destacando as súmulas vinculantes como uma das tentativas de dotar o sistema de maior integridade. Em sua parte final, expõe a origem da força dos precedentes, argumentando acerca do *distinguishing* como mecanismo de evolução da jurisdição e de busca pela segurança jurídica.

2 A cisão entre o *common law* e o *civil law*

De início, essencial fundamentar o que se constitui o *common law*, tradição jurídica da qual foram importados alguns conceitos utilizados hoje na tradição brasileira, apesar de lastreada no *civil law*. Tradição jurídica deve aqui ser entendida como o conjunto de práticas histórico e culturalmente condicionadas acerca da operação e organização do sistema legal de uma sociedade.¹

Na base filosófica, a cisão entre as tradições se dá, especialmente, na quadra da transição entre a filosofia do direito medieval

1 ABBoud, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 20.

e a moderna, na qual se dividiu a forma de apreensão de conhecimento (gnosologia) entre as teorias empirista e racionalista. Enquanto a primeira postulava que a verdade se apresenta através da percepção e da experiência, a segunda tratou de definir que é dentro do ser humano onde residem as matrizes do conhecimento que permitem a apreensão dos fenômenos externos e experiências.²

O empirismo, sendo um movimento tradicional dos países de cultura anglo-saxônica, vai ao encontro do sistema de precedência judicial, visto que baseia a justiça nas prévias construções práticas dos tribunais, e não em bases teóricas prévias e abstratas. Em oposto, o racionalismo, adotado pela Europa continental e exportado para os países por ela colonizados, fez com que se abraçasse a instrumentalização de preceitos legais prévios, concebidos através de métodos racionalistas, classificados como ideais na busca pela verdade através da via intelectual, daí seu afastamento dos costumes e sua construção essencialmente codificada.³⁻⁴

A forma de utilização do direito romano enquanto fonte dentro de cada ordenamento, sem ignorar a divisão acima exposta, constitui também fato relevante. Nos países adotantes do direito escrito (*civil law*), o direito romano deveria ser sempre aplicado de forma prioritária, “estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário, sua aplicação deveria ser meramente subsidiária”.⁵

2 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 142.

3 MASCARO, 2018, p. 147.

4 “Na filosofia do direito, os liames entre empirismo e *common law*, de um lado, e entre idealismo e *civil law*, de outro, são historicamente muito nítidos, e, pode-se mesmo dizer, praticamente geográficos. No entanto, acima dessas próprias diferenças, há uma identidade fundamental entre ambos os métodos, que reside no fato de que, seja pela experiência ou por ideias, as duas famílias de filosofias do conhecimento modernas concluem do mesmo modo: sempre pela justiça universal e inflexível do interesse burguês.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 148).

5 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 20.

Pereira⁶ cita que a predileção do *Corpus Juris Civilis*⁷ pela ciência jurídica da Idade Moderna tem fundamental importância para se entender o movimento que levou à cisão entre o *common* e o *civil law*. Nessa época, a adoção do pensamento sistemático kantiano atraiu a codificação como instrumento de uniformização e de superação das dificuldades inerentes ao direito esparsos daqueles tempos.⁸ A época da Ilustração, portanto, sufragava o império da razão, em detrimento do desenvolvimento jurídico da época, baseado nas soluções de casos concretos, já que “as exigências da nova visão de mundo [...] eram incompatíveis com o ‘mundo da casuística e do permanente conflito das autoridades’”.⁹

Outro fator importante para se estabelecer o paradigma fundador do *civil law* destacou-se na Revolução Francesa: a desconfiança em relação aos juizes. Os magistrados eram vistos então como agentes do Antigo Regime, e o direito francês pós-revolucionário cuidou de limitar o seu poder – fazendo surgir a figura do juiz-boca-da-lei,

6 PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 109-110.

7 Compilação organizada pelo imperador romano do Oriente Justiniano, ainda no século VI, que designava o direito romano geral, diferenciando-o do Direito Canônico, atrelado aos interesses da Igreja. A época do estudo do *Corpus Juris Civilis* pelos glosadores e pelos comentadores prepara o advento do direito moderno (CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro: leitura da ordem jurídica nacional*. 4. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013597/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 21 ago. 2019).

8 “A título de ilustração, na França anterior à Revolução de 1789, tamanha era a fragmentação existente que era possível constatar um direito próprio ao clero, outro para a nobreza, um terceiro destinado ao povo e, em simultâneo, cada região era dotada de um sistema particular de regras, usos e costumes, alterando-se a lei de regência de determinadas relações entre o direito canônico e o direito estatal.” (SALDANHA, 1980, p. 98 *apud* PEREIRA, 2018, p. 110).

9 PEREIRA, 2018, p. 111.

cerne do positivismo exegético – no que foi acompanhado pela doutrina da época, segundo a qual o juiz somente “aplicaria o código”.¹⁰

Modernamente, as tradições possuem diferenças fundamentais nos seus procedimentos, destacando-se no *common law* a figura do Poder Judiciário como defensor e portador da tradição jurídica, a forte oralidade de seus processos, a presença predominante dos juízes e justiças de paz leigos, a aplicação restritiva e literal do direito codificado e a casuística dos tribunais como base para suas decisões, frutos de longa tradição histórica e da dogmática jurídica.¹¹ Ademais, impõe-se o reconhecimento de dois elementos na estrutura do costume: o substancial (uso reiterado no tempo) e o relacional (processo de institucionalização e formação da vinculação dos costumes).¹²

O *civil law*, por sua vez, possui na figura do Poder Legislativo seu principal emanador da conformação do poder estatal, confere ao Judiciário a interpretação da lei, baseia-se em códigos – daí a característica denominada *code law* (oposta ao *case law*) –, destacando-se, também, a sistematização escrita de seus processos e a profissionalização dos juízes.¹³ Nesse sentido é que se observa o direito codificado como matriz fundamental do *civil law*, movimento pelo qual se buscou reunir, inicialmente, diversas normas em um mesmo texto, “ou seja, buscava-se, por meio da codificação, tornar o direito mais conhecido da população e, desse modo, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente.”¹⁴

10 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 201.

11 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 30-31.

12 FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 199.

13 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 30-31.

14 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão *Roe versus Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 3.

Em análise detida, é essencial a conceituação de “teoria do *stare decisis*”¹⁵ e dos elementos que compõem uma decisão judicial no *common law*, sem perder de vista que

o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades.¹⁶

Destaca-se para tal a sistematização das decisões judiciais, dividindo-as em (I) *holding*, ou *ratio decidendi*, que consiste na elaboração ou construção do caso que seria um precedente vinculante para casos futuros, e (II) *obiter dictum*, como mera argumentação, sem efeito vinculante. Tal divisão é de suma importância, por basear o futuro surgimento da teoria do precedente, que dotou de aspectos técnicos a diferenciação entre estes dois elementos e possibilitou o surgimento dos mecanismos de superação dos precedentes, dos quais mostra-se com proeminência o *distinguishing*.¹⁷

2.1 O conceito de precedente e de jurisprudência

Indispensável se mostra definir, em termos mais precisos, o que se entende por precedente e jurisprudência.

Nesse sentido, leciona Taruffo¹⁸ que, dentro dos sistemas que compõem o *civil law*, as decisões de casos sucessivos acabam se uni-

15 “A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam nos países anglo-saxões, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quæta non movere*. [...] Que significa, em tradução livre, ‘aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas.’” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=1784. Acesso em: 24 jul. 2019. p. 168).

16 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 40.

17 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 40-41.

18 TARUFFO, Michele. Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista

formizando com decisões prévias, mormente quando emanadas pelas instâncias superiores, fazendo com que a invocação do precedente se torne comum nas várias esferas de intérpretes do direito. Nesse sentido, a necessidade da uniformidade na aplicação e interpretação do direito constitui a principal causa desse fenômeno, pois esta “[há] algum tempo constitui um valor considerado fundamental, uma espécie de objeto do desejo de todos aqueles que se ocupam da administração da justiça”.¹⁹ Porém, o “‘verdadeiro’ precedente, de fato, é constituído, ou pode ser constituído, por uma decisão que sucessivamente é considerada como uma regra que se aplica também aos casos sucessivos”, enquanto que “a jurisprudência é constituída por um conjunto de decisões, que pode mesmo ser numeroso e pode incluir centenas ou milhares de sentenças sobre as mesmas questões de direito”.²⁰

O precedente oriundo do *common law* (“precedente genuíno”) não possui uma estrutura textual definida, em oposto às decisões paradigmas e às súmulas, já que o precedente só se torna tal posteriormente, visto que sua aplicação sucessiva, além da aptidão a ser reproduzida por outros tribunais, é que lhe confere o *status* de precedente.²¹ Conclui-se que há um caráter dúplici do instituto, porquanto “nem toda decisão de Tribunal Superior se torna precedente”,²² o que indica que, apesar de a jurisprudência de determinada corte ser formada por suas prévias decisões, nem todas elas serão precedentes, os quais poderão surgir pela análise da jurisprudência e uso reiterado das decisões nela contidas. É necessário dizer que “é o segundo juiz que – por assim dizer – cria o precedente, adotando a mesma *ratio*

dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126248445/v1/document/128695879/anchor/a-128695879>. Acesso em: 5 nov. 2018.

19 TARUFFO, 2017.

20 TARUFFO, 2017.

21 ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1232.

22 ABBOUD; STRECK, 2017, p. 1229.

decidendi [holding] do caso anterior”,²³ conferindo à decisão prévia força decisiva e vinculando os casos posteriores.

Logo, diferenciam-se os precedentes da jurisprudência com efeitos vinculantes, na medida em que os primeiros são, de início, controvertidos, sendo delimitados pela sua aplicação reiterada; ou seja, o tribunal que o emana não o faz enquanto “precedente”, já que não pode impor sua futura aplicação;²⁴ quanto à jurisprudência vinculante, por sua vez, seu âmbito de vinculação é fixado pelo próprio tribunal no julgamento do caso paradigma, operando-se o efeito cascata para solucionar os casos até então sobrestados.²⁵

3 A necessária fundamentação das decisões e a situação atual da jurisprudência brasileira

Segundo Barboza, a “adoção do sistema de precedentes tem íntima ligação com o alcance da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, da segurança jurídica e da força normativa da Constituição”,²⁶ isto porque é inescapável o recurso ao sistema de justiça para que se efetivem direitos, por vezes fundamentais, visto que a segurança jurídica “realiza-se menos na estática textualidade do direito positivo que na dinâmica do precedente judicial”.²⁷

23 TARUFFO, 2017.

24 “Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs. Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para realização do controle difuso de constitucionalidade [...]” (ABBOUD; STRECK, 2017). Para uma explicação detalhada sobre o caso *Marbury v. Madison*, vide Souto (SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021196/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019).

25 ABBOUD; STRECK, 2017.

26 BARBOZA; MELLO, 2014, p. 4.

27 CORTIANO JÚNIOR, Eroulth; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 8.

Barboza²⁸ afirma ainda que do Estado Democrático de Direito constituem pilares (I) a certeza jurídica, (II) a estabilidade da jurisdição e (III) a previsibilidade das provisões jurisdicionais para os cidadãos. Tais pilares justificam a necessidade do respeito aos precedentes, pois as decisões judiciais são, sem qualquer dúvida, fonte para os intérpretes do direito e para os jurisdicionados.

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 93, traz importante previsão acerca das decisões judiciais ao estabelecer que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.²⁹ A importância de tal disposição é inegável, já que a fundamentação das decisões, inclusa nela a motivação, é um direito fundamental do cidadão, além de uma exigência do Estado Democrático de Direito no sentido de fornecer racionalização jurídica e transparência às decisões de um poder estatal.³⁰

Ao constituir-se em direito fundamental dos jurisdicionados, a correta fundamentação das decisões deve garantir certos direitos às partes, conforme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* invocada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.268-04/MG: (I) o direito de informação; (II) o direito de manifestação; e (III) o direito de ver seus argumentos considerados.

Logo, a fundamentação constitui um sistema de garantias que visam assegurar a proteção jurisdicional correta e eficaz, estando inti-

28 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>. Acesso em: 21 ago. 2019.

29 Sobre este ponto, Streck dispõe que, por uma exegese radical do dispositivo da Constituição Federal mencionado, uma decisão judicial mal fundamentada não seria sanável nem por embargos, mas deveria ser nula, pois dotada de uma inconstitucionalidade desde o seu nascimento (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 687).

30 MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93, item 2.7. Da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas. In: CANOTILHO, José Joaquim *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1423.

mamente relacionada ao desenvolvimento do Estado moderno, aos seus sistemas judiciários, às relações entre indivíduos e autoridades, ao modo de desenvolvimento do processo e às garantias nele envolvidas e, inclusive, à responsabilidade do juiz perante a sociedade.³¹

A necessidade de fundamentação constitui ainda garantia da própria existência do sistema jurídico, já que garante à decisão sua inserção no conjunto do sistema enquanto dotada de legitimidade.³²

No mesmo sentido, a utilização de precedentes impõe uma *unidade*, já que a decisão anterior de um tribunal vincula uma decisão posterior deste ou de outro tribunal, mormente em suas razões de decidir (*ratio decidendi*), impondo a análise do caso *sub judice* e do paradigma para que, finalmente, decida-se pela aplicação do precedente ou sua não utilização através dos mecanismos de superação destes, sem que se ignore a *história* das decisões de que se compõe a institucionalidade judiciária.³³

É dizer que a prolação de uma decisão judicial transpassa a mera aplicação do direito, perfazendo um alicerce do Estado de direito democrático e constituindo importante garantia, devendo ser alicerçada nos corretos fundamentos jurídicos.

Por constituir a fundamentação das decisões judiciais um dos nortes do devido processo legal e da garantia da jurisdição, são essenciais para garantir a segurança jurídica a proteção da confiança no ordenamento jurídico e a legalidade das decisões, elementos constitutivos do Estado de direito.³⁴

31 GOMES FILHO, 2001, p. 51 *apud* DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 382-383.

32 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 78-80.

33 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de: J. Batista Figueiredo. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 364-365.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 257.

3.1 A jurisprudência brasileira e suas deficiências

No Brasil, a crescente utilização dos precedentes como forma de fundamentação de decisões acaba por violar e suprimir a necessidade da fundamentação, substituindo a argumentação jurídica – que significa, em suma, “dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e fatos jurídicos determinantes” –³⁵ por enunciados pré-prontos e aplicados de forma mecânica.

No ordenamento brasileiro ainda se valoriza uma ideia antiquada do que seria um precedente,³⁶ “sem qualquer preocupação quanto à compreensão de como as decisões foram efetivamente construídas, isto é, de como o juiz efetuou a passagem do ‘texto normativo’ para a ‘norma jurídica’”.³⁷ Nesse sentido, o primeiro dos erros da jurisdição brasileira é o julgamento por ementas, aliado ao fato de que se invoca de maneira desmedida a ponderação alexyana e a solução por meio da subsunção, esquecendo-se qualquer compromisso com a coerência e integridade do sistema.³⁸

Os precedentes utilizados no Brasil são uma imitação superficial do precedente genuíno – servindo como preconcepções, “con-

35 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423.

36 Taruffo ainda explicita que, nos sistemas do *common law*, a decisão que se assume como precedente é uma só, e “faz precedente”, sendo desnecessária a complementação deste precedente por outras decisões. Em um sistema como o nosso, todavia, o que fundamenta a decisão é a jurisprudência, a unidade de decisões de um tribunal. Nas palavras do autor, “isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma” (TARUFFO, 2014, p. 3).

37 NETO, Bianor Arruda Bezerra. Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Conjur*, São Paulo, jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2018.

38 ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240.

ceitos-sem-coisa”, com a função insólita de facilitar a fundamentação jurídica, gerando uma simplificação nociva para a ciência,³⁹ que passa a ter bases vetustas amplas e gerais, que fogem sobremaneira da real função e da real cultura dos precedentes.

Da forma como utiliza-se o “precedente” no Brasil – tanto o termo em si quanto o sistema destes –, desvaloriza-se o diferencial que a doutrina moderna expõe acerca da efetividade da jurisdição: a fundamentação na atividade judicial. O magistrado passa a ser não mais boca-da-lei (conceito completamente errôneo, destaca-se, mas externo ao propósito do presente trabalho) e passa a ser “boca-da-súmula”, “boca-da-repercussão-geral”, “boca-do-recurso-repetitivo”, deixando de lado qualquer real interpretação, fundamentação e possibilidade de controle da decisão, bastando que seja, nas palavras de Eros Grau,⁴⁰ apenas alfabetizado.

Há escassez técnico-teórica quando do manuseio dos precedentes, deixando-se de lado as técnicas de aplicação e superação destes, classificando-se como assustador e lamentável que, ainda hoje, julgadores (e demais intérpretes) desconheçam conceitos como *ratio decidendi* e *distinguishing*,⁴¹ primordiais quando se fala na utilização do direito jurisdicional, que nos dias atuais ganha suma importância pois se deposita no Poder Judiciário a “correção do direito”. A situação da jurisprudência brasileira é sintomática, pois o Poder Judiciário “age ‘como se’ não tivesse o papel de garantidor dos direitos de liberdade, sociais-coletivos e difusos. Produz uma cultura estandardizada”, a-histórica, atemporal, de valorações arbitrárias e desconstitucionalizadas.⁴²

39 ROSSI, 2015, p. 240.

40 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

41 NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/cfi/6/2/4/2@0:0>. Acesso em: 11 jun. 2019.

42 MACHADO, Felipe Daniel Amorim; NETO, Alfredo Copetti. *A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de

O retrato atual da jurisdição nacional é extremamente problemático, especialmente quando se perquire acerca da aplicação de precedentes, pois esta carece sobremaneira de fundamentos teóricos e técnicos que a sustentem, ocasionando uma fragilidade patente na atuação jurisdicional e na prestação de justiça.

3.1.1 *As súmulas vinculantes*

As súmulas vinculantes (criadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentadas pela Lei n. 11.471/2006) surgiram como um mecanismo para uniformização da jurisprudência e vinculação de decisões com base em entendimentos reiterados do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (art. 103-A, *caput*, CF/88). O caráter uniformizador das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 1º, CF/88) prescreve como objetivo destas a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia atual e que possa acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão semelhante.

É dizer que a edição de súmulas vinculantes objetiva transpor para casos concretos uma interpretação de caráter geral e abstrato. Isto porque, apesar de tais súmulas originarem-se de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, as particularidades dos casos que fundamentaram a edição da súmula não são para ela transportadas, gerando um enunciado aberto e abstrato o suficiente para ter efeitos *erga omnes*.⁴³

Todavia, nota-se que, apesar dos requisitos elencados na Constituição Federal acerca do objetivo das súmulas vinculantes, muitas delas não os cumprem, pois exigem-se somente os votos favoráveis de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal como requisito objetivo para edição de uma súmula vincu-

(coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 187.

43 TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 15.

lante, o que ocasiona a confirmação e a edição de súmulas de forma discricionária, além da possibilidade de confirmação de súmula já existente, dotando-a de caráter vinculatório.⁴⁴

As súmulas vinculantes vieram como uma forma de aproximação do modelo brasileiro ao modelo judicialista, buscando a formação de espécies de precedentes vinculatórios.⁴⁵ Ocorre que, como já exposto, o precedente genuíno não é dotado de precedência por ato normativo, mas sim pela cultura que o *precede*, a qual dita que o princípio jurídico que serviu de fundo à decisão deve ser seguido em decisões posteriores. As súmulas vinculantes não podem ser caracterizadas como precedentes genuínos, pois nestes “a norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado”,⁴⁶ enquanto que as súmulas vinculantes, ao serem editadas ou confirmadas, perdem todo o substrato fático que as embasaram, gerando um enunciado despido de qualquer fundamentação e dotado de caráter geral e abstrato, resgatando a já ultrapassada jurisprudência dos conceitos, caracterizando-se uma espécie de “pandecta” – conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação.⁴⁷

4 As novas disposições do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, nos arts. 926 a 928, determinações de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (*caput* do art. 926), e que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo

44 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 293.

45 TAVARES, 2007, p. 22.

46 TAVARES, 2007, p. 23.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017b. p. 107.

Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927 e seus incisos).

Dessas disposições extrai-se a necessidade da adoção de mecanismos e técnicas de uniformização das decisões, para que se evitem casuísmos e arbitrariedades, além de decisões de baixo caráter qualitativo, já que não se tem um precedente genuíno quando o juiz não raciocina sobre os fatos do seu caso, pior ainda quando não o fez o juiz do caso “precedente”, limitando-se a enunciar uma regra desconexa de quaisquer dos fatos.⁴⁸

Ante a adoção, como perspectiva, do precedente do *common law*, é necessária a sua correta utilização, devendo ser especialmente observada a cisão entre *holding* (ou *ratio decidendi*)⁴⁹ e *obiter dictum*, já que a doutrina dos precedentes baseia-se na identificação e articulação dos elementos compreendidos nos precedentes para que se identifique qual regra jurídica contida nos casos anteriores pode ser usada na solução do caso presente, bem como as particularidades que acarretariam a utilização da técnica do *distinguishing* a fim de

48 TARUFFO, 2017.

49 Há diferenciação entre os conceitos, porém, a distinção é de ampla discussão até dentro dos sistemas da *common law*. Assim, brevemente explica Schauer (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 180) que os conceitos são similares, mas não idênticos, sendo o *holding* o mais utilizado na prática nos Estados Unidos, enquanto a *ratio decidendi* é mais utilizada na Grã-Bretanha. O primeiro definir-se-ia como aquilo que é necessário para basear o resultado em um caso, enquanto o segundo passa por um conceito mais complexo, possuindo várias correntes, que se interconectam na medida em que definem a *ratio decidendi* como o ato de ligar os fatos à lei ou à norma, diferenciando-se na medida que adicionam, por exemplo, a necessidade de se analisar os argumentos utilizados pelo julgador para realizar essa subsunção.

que o juiz possa se afastar do precedente posto,⁵⁰ evitando “o uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”.⁵¹

Na sua concepção de direito como integridade, Dworkin⁵² expõe que as manifestações do direito não devem ser relegadas ao convencionalismo momentâneo ou voltadas ao passado, tampouco ser instrumentos voltados ao futuro, rejeitando a concepção dicotômica de que os juízes ou descobrem ou inventam o direito, “pois só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

Para que as decisões judiciais possam ser consideradas válidas e, em um caráter mínimo, corretas, avalia-se se estas “constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁵³ É dizer que as decisões judiciais, para que “façam precedente” e cumpram a função da segurança jurídica, devem ser coerentes entre si e com o restante do ordenamento (garantindo a unidade deste) e, para tal, a fundamentação nos seus diversos estágios – análise dos casos, identificação da *ratio decidendi*, aplicação ou não ao caso paradigma – é essencial.

5 A força dos precedentes

Ainda na lição de Dworkin, tomando como fundamento a essencialidade da integridade e coerência da jurisprudência, o autor concebe a prática jurisdicional como a escrita de um “romance em cadeia”, no qual cada romancista (intérprete) da cadeia interpreta

50 ABBOUD; STRECK, 2017, p. 1235.

51 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 149.

52 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271.

53 DWORKIN, 1999, p. 272.

os capítulos já existentes (precedentes) para escrever um novo capítulo (nova decisão), que será recebido pelo romancista seguinte, buscando a construir o romance da melhor maneira.⁵⁴

Logo, o *common law* preocupa-se com a integridade do sistema através da racionalidade aplicada aos precedentes, garantindo a coerência do ordenamento.⁵⁵ Nesta tradição, a limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* impõe o respeito aos precedentes, englobando os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que não se admite é a possibilidade de ignorar as decisões anteriores, que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.⁵⁶

Ainda, com a penetração da linguagem na filosofia e a consequente revolução hermenêutica no mundo jurídico ocasionada pelo giro linguístico do início do século XX, termina-se com a ideia de juiz exegeta-boca-da-lei e passa-se à noção de que o juiz, ao aplicar a lei, “estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição, exurgindo sua interpretação a partir da necessária fusão de horizontes”.⁵⁷

Aliado a isso, o surgimento do constitucionalismo (contemporâneo), apesar das tendências de se negar o novo papel que essa concepção da jurisdição impôs ao juiz, obriga a que este não mais sirva como declarante da vontade da lei, mas sim da conformidade da lei em face da Constituição (perpassando, portanto, por um processo interpretativo complexo), em busca da legalidade substancial.⁵⁸⁻⁵⁹

54 DWORIN, 1999, p. 276.

55 BARBOZA, 2014.

56 BARBOZA, 2014.

57 STRECK, 2018, p. 385-386.

58 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 23 jul. 2019. p. 38-41.

59 Leciona ainda Marinoni (2009, p. 12) que “a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa

Tais elementos embasam tanto as novas disposições do Código de Processo Civil quanto as previsões da Constituição de 1988 acerca da fundamentação das decisões. A resistência da jurisdição em evoluir ante as novas necessidades da ciência do direito (e as concepções falhas citadas ao longo deste trabalho), entretanto, “não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*”.⁶⁰

5.1 O *distinguishing*

Os precedentes constituem uma acumulação de conhecimento do passado. Entretanto, não é exigível, em todas as situações, que os casos paradigma e paragonado tenham perfeita equivalência entre si. É mais coerente que, “para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta”.⁶¹

Não pode haver um engessamento da jurisdição, ao vinculá-la a casos análogos anteriores, o que ocasionaria desigualdade substantiva entre os jurisdicionados. Para que se efetive a força da constituição, cabe à jurisdição constitucional ter a sensibilidade para perceber as mudanças necessárias e promovê-las nos precedentes, com essencial observância à maior correção das decisões⁶² – daí a necessidade da utilização do *distinguishing*, para que um juiz “ao vislumbrar que um precedente [...] não está adequado ao caso que enfrenta, afaste-o”.⁶³

Assim, para que se possa garantir a coerência e a justeza do ordenamento, especialmente no que tange à justiça substancial, os precedentes podem ser superados ou afastados do caso a ser julgado,

e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo”.

60 MARINONI, 2009, p. 41.

61 BARBOZA, 2011, p. 167.

62 BARBOZA, 2011, p. 192.

63 BARBOZA; MELLO, 2014, p. 6.

permitindo aos juízes que distingam (*distinguish*) ou superem (*overrule*) o precedente com base em razões idôneas.⁶⁴

Nesse sentido, “se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões”.⁶⁵ Igual previsão se aplica aos casos de distinção ou superação dos precedentes e, para que se avalie a força das razões da decisão, necessário remeter-se às partes que as compõem: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Nesse sentido, constituem elementos fundamentais do *common law* (I) a obrigatoriedade de os tribunais inferiores respeitarem as decisões dos tribunais superiores, os quais também se obrigam por suas próprias decisões; (II) o fato de as decisões anteriores dos tribunais consistirem em argumentos fortes o suficiente para serem levados em consideração quando aventados em um caso; (III) as razões como elemento vinculante nos precedentes, *i.e.*, o princípio geral de direito que funda a decisão; e (IV) o fato de o precedente – sua *ratio decidendi* – nunca perder sua vigência,⁶⁶ podendo ser sempre invocado caso se demonstre sua utilidade e afastado somente se observadas a sua superação ou distinção, por exemplo.⁶⁷

A distinção opera-se quando se verificam diferenças relevantes entre dois casos (paradigma e paragonado) ao ponto de o precedente invocado pelas partes ou pelo magistrado ter sua aplicação afastada, conforme exposto, inclusive, nos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil. A fim de que se possa efetuar a devida distinção é fundamental a identificação das razões de decidir do precedente, e para tanto é necessário que este seja uma decisão fundamentada. Assim, ao se utilizar do *distinguishing*, estará o magistrado, ao invés de adotar a *ratio decidendi* de um caso prévio, criando novas razões de decidir, que poderão possuir cará-

64 BARBOZA, 2011, p. 170.

65 MARINONI, 2009, p. 6.

66 “Um costume, por exemplo, não se promulga: ele cria-se, forma-se, impõe-se sem que nesse processo possamos localizar um ato sancionador.” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 197).

67 FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 200.

ter ampliativo ou restritivo em relação ao precedente primeiramente invocado, na medida em que dependam de menos ou mais fatos relevantes para serem aplicadas.⁶⁸

A distinção é essencial para o desenvolvimento dos precedentes, pois é responsável pela paulatina delimitação das *ratione decidendi*, ao ampliar ou restringir a aplicação da norma, introduzindo novos elementos argumentativos ao precedente. Por conta dessa delimitação – ou *definição* –, a segurança jurídica é maximizada, pois passa-se a respeitar definitivamente os precedentes e suas razões fundamentais, ao mesmo tempo em que se mantém a primazia da justiça substancial.⁶⁹

Quando do surgimento de um novo caso, diverso daquele que originou o precedente aventado, exige-se do juiz a solução de pontos anteriormente não levantados, abrindo-se oportunidade para o desenvolvimento horizontal do direito, dando-lhe novos contornos, capazes de entender, através de um perfil mais amplo, a complexidade da sociabilidade e de estabelecer o precedente como fator de racionalidade do direito.⁷⁰

O precedente, como dito, não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade, já que uma corte tem o dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da socie-

68 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 215.

69 “Se não existem diferentes situações fáticas e mesmo assim é realizada a ‘distinção’, tem-se uma espécie de superação implícita, muitas vezes realizada por um magistrado incompetente para tanto. Se a situação é semelhante, ela está sob o âmbito de incidência do precedente e, mesmo que a eficácia seja meramente persuasiva, permanece o dever de diálogo, denegado quando se adota uma distinção inadequada.” (PEIXOTO, 2015, p. 217).

70 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99876588%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=e&eid=004e33ea8460c297e92a2a0c3ef6d055&eat=a-112253653&pg=1&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 31 ago. 2019.

dade ou de uma nova concepção geral do direito⁷¹ e a obrigação de afastá-lo quando não se constituir na decisão correta para o caso. Em suma, “os juízes distinguem um caso não porque é inerente ao seu papel de *law-making*, mas porque entendem que a adoção do precedente não é o resultado mais correto ao caso atual, que possui fatos materiais⁷² distintos dos da decisão precedente”,⁷³ buscando-se a integridade e a coerência, excluindo-se qualquer ideia de imutabilidade absoluta da jurisdição.

A superação ou distinção de um precedente constituem, assim, formas de garantir a coerência da história contada pelo *romance em cadeia*, respeitando, além da integridade e da coerência da jurisprudência, o direito fundamental à fundamentação das decisões e à segurança jurídica.

6 Considerações finais

Apesar da cada vez maior adoção dos precedentes como fundamentos de decisões, o que se observa no Brasil são várias deficiências, a começar pela aplicação falha dos meros conceitos de precedente e jurisprudência, ocasionando problemas na correta prestação jurisdicional, especialmente no que tange à fundamenta-

71 MARINONI, 2016.

72 A autora adota aqui a teoria de Arthur L. Goodhart para a descoberta da *ratio decidendi*. Para ele, a descoberta das razões de decidir se dá desvendando os fatos relevantes (*material facts*) adotados pelo juiz e sua decisão baseada neles, chegando-se assim ao princípio da decisão. A partir disso, inferem-se os fatos não relevantes (*immaterial facts*), uma vez que para se estabelecer o correto princípio de um caso são importantes tanto os fatos excluídos quanto os adotados para a decisão (BARBOZA, 2011, p. 189). Para outra teoria nesse sentido, a obra de Peixoto (2015, p. 173) explana o teste de Eugene Wambaugh, consistente em buscar determinada regra geral do precedente e substituí-la por uma proposição contrária. Caso a conclusão da decisão seja modificada por essa proposição contrária, esta será *ratio decidendi*. Ambas as teorias sofrem críticas, mas, para o propósito deste trabalho, que adota, em linhas gerais, a teoria de Goodhart, despidendo explicitá-las, bastando a consulta às duas obras acima mencionadas.

73 BARBOZA, 2011, p. 195.

ção das decisões. Isto se dá pela ausência de uma teoria do precedente que fundamente a utilização deste no ordenamento, pelo que é primordial a adoção de um fundamento desse norte no Brasil, especialmente para que se garanta a fundamentação e consequente vinculatividade das decisões.

As soluções trazidas pelo ordenamento brasileiro positivo, especialmente as súmulas vinculantes, não cumprem quaisquer das funções da teoria do precedente, pois engessam a jurisdição e a tornam autofágica, consistindo, quando muito, em uma vulgata da teoria do *stare decisis*.

A adoção de uma teoria do precedente pressupõe o correto entendimento das partes que o constituem: sua *ratio decidendi* (ou *holding*) e seu *obiter dictum*. Para a identificação do que constitui as razões de decidir de um precedente, é necessário que se busquem na decisão os fatos, a fundamentação e a conclusão do magistrado, com o fim de identificar aquilo que é recorrente nos casos análogos e que possa servir como norma no caso em apreço. Isto porque os métodos clássicos para identificação da *ratio decidendi* são falhos, pois (I) ignoram a possibilidade de mais de uma razão de decidir (Wambaugh) e (II) possibilitam o surgimento de *rationes decidendi* muito amplas e não jurídicas ou metajurídicas (Goodhart).

A vinculatividade de decisões judiciais é essencial à segurança jurídica, com o seu fim precípua de garantir a previsibilidade jurisdicional e a unidade sistêmica inerentes ao ordenamento. Como garantia de justiça substancial e de uniformidade jurisprudencial, entretanto, o *distinguishing* (distinção) é ferramenta essencial e pressupõe a identificação correta das razões de decidir, pois, para a distinção (ou superação) de um precedente, é igualmente necessário o combate aos seus argumentos (*obiter dicta*), uma vez que é a partir do combate aos fundamentos da decisão que se afasta a aplicação da norma – a *ratio decidendi* –, que não pode estar desvinculada dos fatos que geraram o julgamento, sob pena de criarem-se conceitos-sem-coisa, desvinculados das circunstâncias fático-jurídicas que lhes deram origem – entretanto, é exatamente o que fazem as súmulas, vinculantes ou não, as ementas e os enunciados (e seus semelhantes).

Nesse sentido, as disposições do Código de Processo Civil devem ser complementadas por uma teoria que as lastreiem e deem forma, garantindo igualmente o dever constitucional de fundamentação das decisões, a integridade e a coerência que compõem e garantem o ordenamento e o Estado de direito constitucional.

Referências

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 130 p.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1220-1247.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1784. Acesso em: 24 jul. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão *Roe versus Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. 174 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1504 p.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro: leitura da ordem jurídica nacional*. 4. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013597/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 21 ago. 2019.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 832 p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de: J. Batista Figueiredo. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 393 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 334 p.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 176 p.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; NETO, Alfredo Copetti. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 396 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99876588%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=e&eid=004e33ea8460c29-7e92a2a0c3ef6d055&eat=a-112253653&pg=1&pSl=&nvgS=false>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. 626 p.

MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93, item 2.7. Da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas. In: CANOTILHO, José Joaquim *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2504 p.

NETO, Bianor Arruda Bezerra. Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Conjur*, São Paulo, jul. 2018. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2018.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 11 jun. 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. 418 p.

PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018. 310 p.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 166 p.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. 407 p.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. 256 p.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021196/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017a. 712 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017b. 316 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 568 p.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126248445/v1/document/128695879/anchor/a-128695879>. Acesso em: 5 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. 155 p.