

Precedente obrigatório e norma abstrata: uma distinção necessária

Guilherme Silveira Teixeira¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. *Common law*, *civil law* e direito brasileiro: aproximações e distanciamentos. 3. Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: limitações e desafios para um adequado funcionamento. 4. Considerações finais.

1. Introdução

O fortalecimento dos precedentes judiciais é uma realidade no direito brasileiro contemporâneo. Consubstanciam-se em mecanismos de unificação de entendimentos jurisprudenciais nas cortes superiores, com vinculação delas próprias e das instâncias inferiores para os casos futuros, progressivamente implementados e cada vez mais compreendidos como necessários à consecução da prestação jurisdicional numa sociedade marcada por um elevado grau de litigiosidade. Dentre tantos e complexos fatores, tal litigiosidade decorre, em alguma medida, da profusão de direitos e da ampliação do acesso à justiça verificadas nas três décadas que se seguiram à promulgação da Constituição da República de 1988. O panorama quantitativo de trinta anos atrás era bem diferente do atual, o que ajuda a explicar a crença e a aceitação pela comunidade jurídica em geral da necessidade de respostas constitucionais e infraconstitucionais diversas daquelas anteriormente disponíveis.

Sem ignorar a multiplicidade de causas desse fenômeno, nem a diversidade de respostas possíveis para combatê-lo, dentro e fora do direito positivo, é inegável que num contexto de litigância de massa a eficiência no processamento das demandas judiciais encontra no sistema de precedentes obrigatórios um valoroso aliado. É compreensível

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo.

que, premidos pelo expressivo volume de processos, membros do Judiciário e operadores do direito em geral recebam com entusiasmo soluções promissoras, caminhos que se apresentem como aptos a dar vazão às demandas de maneira mais eficiente.

A ideia de eficiência decisória dos precedentes está associada, desde os primórdios da *common law*, à desoneração do julgador da laboriosa tarefa de repisar todas as questões de direito já debatidas por juízes anteriores, proporcionando-se-lhe a conveniente praticidade de um seguro atalho por onde trilhar rumo à sua decisão². A noção quantitativa de produtividade, estranha a essa conveniência originária, nada mais é que uma sua feição contemporânea, motivada por contemporâneos desafios e demandas atuais.

Além da eficiência, a defesa dos precedentes conta, ainda, com razões de segurança jurídica (previsibilidade das decisões), isonomia (tratamento igual a casos similares) e coerência da ordem jurídica (congruência entre o direito legislado e o constante das decisões judiciais como fator imprescindível ao fortalecimento do Estado de Direito)³. São todos valores de fato importantes, mas que para serem verdadeiramente contemplados dependem de uma prática judicial atenta ao correto manuseio dos mecanismos legais, como se procurará demonstrar.

As mudanças introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 consagram este ideário com profundidade e abrangência, superando, nestes quesitos, alterações antecedentes como a súmula vinculante e a repercussão geral e os recursos repetitivos em suas concepções originais (arts. 102, § 3º, e 103-A, CR, redações dadas pela EC nº 45/2004; arts. 543-A a 543-C, CPC/73). Profundo por tocar o âmago da atividade judicante, abrangente por alcançar toda a magistratura e todo o direito nacional, o sistema vigente de precedentes obrigatórios acaba por moldar um novo modo de ser da atuação jurisdicional, do Poder Judiciário e das decisões judiciais, o que repercute no direito constitucional e na teoria geral do direito, muito além do interesse estritamente processual da matéria, a despeito do fato de sua normatização integrar um código de regras de processo.

² “Precedents have so covered the ground that they fix the point of departure from which the labor of the judge begins”. [...] “The labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him” (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 20 e 149. Apud DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 93.).

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 120-169.

Nessa perspectiva, a relevância da matéria tem motivado profícua produção acadêmica no âmbito nacional, das abordagens mais entusiastas às mais críticas. Não se ignora, entre estas últimas, posição de questionamento da constitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes⁴, o que, todavia, não será objeto de exame neste trabalho. Nestes estreitos limites, tem-se por modesto objetivo abordar os precedentes judiciais de modo a ressaltar sua desvinculação da ideia de uma norma geral e abstrata, concepção peculiar e desvirtuada que, em se verificando na prática judiciária, representará afronta à Constituição. A Carta Magna assegura ao Judiciário o poder de julgar, não de legislar. Garante, ainda, a independência judicial como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Toda prática, que por ventura se afaste desses postulados, estará se afastando da ordem constitucional.

Obrigatoriedade do precedente não se confunde com força de lei, nem o reveste dos atributos da generalidade e abstração a ela inerentes. A advertência, que poderia soar desnecessária e mesmo pueril a um operador da *common law*, merece ser ressaltada num ambiente jurídico afeito à tradição da *civil law*. Na expressão machadiana, o calo do ofício do julgador, forjado na cultura jurídica do direito codificado, faz tentadora a confusão, de resto fomentada por algumas peculiaridades da disciplina normativa fixadora de teses e súmulas. Seus enunciados adentram ao repertório jurisprudencial relativamente desconectados das circunstâncias concretas (fáticas e jurídicas) que lhes deram vida, o que, como se verá, pode repercutir sobremaneira em sua operatividade e na qualidade de seus resultados.

Nesse passo, passados quase três anos de vigência do novo diploma processual e 30 anos de nossa jovem e ainda imatura democracia, a novidade legislativa impõe que se conheça em pormenores seu modo de funcionamento, que se tenha em mente, sempre, que a tese abstratamente redigida jamais se desprende de seus fundamentos determinantes, à luz das quais deve ser interpretada, assim se delimitando o seu alcance vinculante.

⁴ Nesse sentido, manifestou-se Nelson Nery Junior, dentre outros pronunciamentos, em entrevista à página eletrônica de notícias jurídicas “Jota”. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016>>. Acesso em: 21 set. 2018.

2. *Common law*, *civil law* e direito brasileiro: aproximações e distanciamentos

Os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law* sempre mantiveram entre si intercâmbios de práticas e institutos. Não condiz com a realidade afirmar a existência de modelos estanques, puros e impermeáveis, com a concentração da fonte de direito na jurisprudência, no primeiro, e na legislação, no segundo. Essa divisão jamais existiu em termos rígidos e absolutos. É na atualidade, contudo, que Inglaterra e Estados Unidos (em especial este último⁵) vêm assistindo a um crescimento do arcabouço legislativo orientado a nortear a atividade do Poder Judiciário e a aplicação do direito no caso concreto – do direito comercial ao direito processual⁶ –, assim como nos países da Europa continental e em outros herdeiros de sua tradição jurídica (como é o caso do Brasil) a jurisprudência vêm ganhando maior importância como referência normativa, sendo cada vez mais reconhecida e incorporada à prática decisória dos juízes⁷. Questiona-se, inclusive, a autonomia metodológica da interpretação e aplicação do direito em cada uma dessas tradições, concluindo-se que, ao contrário do que possa parecer, a *civil law* não é o *locus* exclusivo do raciocínio lógico-dedutivo – também presente na *common law* – nem se vale da indução apenas excepcionalmente – ainda que o raciocínio indutivo seja mais presente no direito consuetudinário⁸.

Dentre os inúmeros aspectos de comparação possíveis, a valorização dos precedentes nos países de *civil law* suscita atenção sobre seu modo de funcionamento no ambiente da *common law*, fonte inspiradora de nossas recentes mudanças e na qual ele se desenvolveu ao longo dos séculos, consolidando-se como uma tradição de prática judicial na qual o *ponto de partida*⁹ da interpretação e aplicação do direito é o acervo de decisões pretéritas sobre a mesma matéria. À luz

⁵ ROSSI, Julio Cesar. *Precedente à brasileira* – a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110-111. Não serão exploradas as diferenças entre os sistemas legais dos Estados Unidos e da Inglaterra. Para os presentes fins, basta o que os une enquanto principais representantes da *common law*.

⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 61, n. 3, p. 709, 2007.

⁷ TARUFFO, op. cit., 709.

⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 93-114.

⁹ ROSSI, op. cit., p. 78.

dessa tradição, que resultou na doutrina do *stare decisis*¹⁰, sustenta-se que somente o juiz anglo-saxão credita devoção ao precedente, não verificada no mundo romano-germânico. Neste, a influência racionalista herdada da Revolução Francesa embasaria a convicção no sentido de que a interpretação da lei é uma operação intelectual que dispensa o recurso aos julgados anteriores, afigurando-se suficiente, quando bem realizada, à promoção de isonomia e segurança jurídica, o que, todavia, teria sido desmentido pela rotineira ocorrência de julgamentos diferentes de casos similares¹¹.

A questão diz com a vinculação do julgador aos precedentes judiciais. Nessa perspectiva, a aproximação entre os dois sistemas passa pela precisa identificação do que exatamente vincula o juiz da *common law*, qual a parte ou componente do julgado anterior se lhe impõe com força normativa no caso sob julgamento, e qual seria a natureza dessa normatividade.

No universo da *common law* o elemento vinculante do precedente reside em sua *ratio decidendi*. Trata-se da razão jurídica determinante para a formação da convicção judicial no caso concreto. Situa-se na fundamentação da decisão, sua parte intelectual, e não no dispositivo, que é o comando judicial. Embora localizada na motivação, a *ratio decidendi* com ela não se confunde. Constitui algo mais que a argumentação ou raciocínio jurídico, seja porque este normalmente contém, também, considerações periféricas (*obiter dictum*)¹², seja pela aptidão da *ratio* de, enquanto razão de direito, transcender o caso concreto sob julgamento e ser utilizada em casos futuros.

A identificação da *ratio decidendi* do precedente judicial, ou de seu *holding*, sempre foi objeto de grande controvérsia no direito anglo-saxão. A aplicação da razão de decidir pressupõe seu prévio isolamento de tudo aquilo que, conquanto integrante do precedente, não tenha sido determinante para a conclusão decisória nele consubstanciada (ponderações, argumentos e fatos secundários). São os *obiter dicta*.

Como não poderia deixar de ser, o precedente, enquanto texto escrito, carece sempre de interpretação, incumbindo ao aplicador

¹⁰ Da expressão latina "*Stare decisis et non quieta movere*", que pode ser traduzida por "Mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi decidido". A doutrina do *stare decisis* não se confunde com a *common law*, cuja existência secular conheceu aquela apenas muitos séculos depois, com o propósito de racionalização do uso dos precedentes, até então empregados sem sistematização conceitual ou caráter vinculante (MARINONI, op. cit., p. 33-35).

¹¹ MARINONI, op. cit., p. 99-101.

¹² DUXBURY, op. cit., p. 67-68.

extrair-lhe a *ratio* mediante a qual ele deve ser seguido¹³. Ocorre que intérprete da *common law* jamais pôde contar com meta-regras que lhe proporcionassem caminho seguro no trabalho de distinguir, num precedente, o que é *ratio* e o que é *obiter*¹⁴. Diversas são as dificuldades apontadas. Argumenta Neil Duxbury¹⁵ que *ratio decidendi* e *obiter dictum* estão sempre misturadas entre si, uma obscurecendo a outra, não sendo distinguíveis senão mediante cuidadosa leitura do precedente. O que é *ratio* num caso pode ser *obiter* noutro, e vice versa. Em casos de julgamento colegiado, pode ocorrer de os julgadores chegarem a um mesmo resultado decisório por caminhos diversos, verificando-se pluralidade de razões de decidir, por vezes conflitantes entre si. A delimitação da *ratio*, nesses casos, nem sempre é possível. Tem-se, ainda, eventual divergência entre julgadores pretérito e atual no tocante à interpretação e definição do que seria a *ratio* no caso precedente¹⁶.

Desenvolveram-se na *common law* alguns métodos orientados a essa tarefa, destacando-se, entre extensa literatura, os conhecidos teste de Wambaugh, o método de Goodhart e a doutrina de Rupert Cross¹⁷. Conforme esta última, “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressamente ou implicitamente tomada pelo magistrado como passo necessário para alcançar sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio por ele adotada”¹⁸.

É certo, de todo modo, que a identificação da *ratio decidendi* jamais prescindiu do contato com os fatos do caso precedente, à vista dos quais se buscam as razões jurídicas que embasaram a conclusão anterior¹⁹. Os precedentes são umbilicalmente dependentes de uma unidade fático-jurídica do caso, não operando sem referência direta

¹³ BUSTAMANTE, op. cit., p. 259.

¹⁴ DUXBURY, op. cit., p. 68.

¹⁵ DUXBURY, op. cit., p. 69-75.

¹⁶ Trata-se de relevante discussão doutrinária no direito anglo-saxão se a *ratio* é definida pelo julgador do caso precedente ou pela interpretação que lhe é dada por ocasião de sua posterior aplicação (MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997. p. 506-513.).

¹⁷ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. Boston: Little, Brown, & Co., 1892. GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: _____. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931.

¹⁸ CROSS, Rupert; HARRIS J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 77. Tradução livre.

¹⁹ MARINONI, op. cit., p. 228-229 e 254. “Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la *ratio* che soltanto può avere efficacia di precedente.” (TARUFFO, op. cit., p. 715).

aos fatos²⁰. Não se pode afirmar que os fatos, em virtude de sua inerente variabilidade, sejam menos importantes que as razões, que o assim chamado “método fático” seja restritivo quando comparado ao normativo²¹. Significa, de outra feita, que a identificação da razão jurídica só pode ser encontrada à luz dos fatos relativos ao caso concreto em que se deu a formação do precedente. Tampouco se exige que tais fatos, pretéritos, sejam rigorosamente idênticos à situação fática presente, o que seria impossível na medida em que inexistem fatos absolutamente iguais. Exige-se, ao revés, o atento exame dos fatos anteriores, o que permitirá ao aplicador, ou não, categorizá-los como similares aos posteriores, de modo a justificar a incidência de uma mesma regra. A relevância de um precedente depende de como o intérprete caracteriza os fatos a ele subjacentes²².

O contrário disso, ou seja, a relativa desconsideração dos fatos com vistas à formulação de enunciado sumular geral e abstrato, é algo inexistente na *common law*. O Brasil, por sua vez, possui longo histórico de utilização dessa técnica de consolidação abstratizante de entendimentos jurisprudenciais. Sua origem remota são os assentos portugueses; a próxima as súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores²³, às quais se somou, sem diferença essencial neste ponto, a técnica dos julgamentos repetitivos²⁴.

Por seu turno, a normatividade do precedente está fundada na tradição da *common law*, segundo a qual a integridade, coerência e

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 91.

²¹ MARINONI, op. cit., p. 230.

²² “This relationship among facts, facts as found by the court, decision of the court, and announced reasoning of the court is at the heart of the English debate about *ratio decidendi*.” (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 577 e 573, 1987. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1228760>. Acesso em: 15 set. 2018.).

²³ “Por isso, no sistema do *stare decisis*, embora baste apenas um precedente para influenciar julgamentos futuros, comparam-se rigorosamente todas as circunstâncias do precedente e do novo caso para assegurar a absoluta identidade de situações a justificar a incidência da mesma regra. A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro, com todas as suas particularidades [...]” (GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 10, p. 45, jan. 2004.) (grifo nosso).

²⁴ “Convém ressaltar que a decisão oriunda de provimentos vinculantes não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação. Pelo contrário, a decisão de provimentos vinculantes almeja constituir-se como regra decisória do caso concreto, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isso? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015. p. 112-113.) (grifo nosso).

estabilidade do direito são compreendidas como inerentes à continuidade dos entendimentos jurisprudenciais, manifesta na aplicação da mesma regra para casos similares sempre que inexistam fundadas razões de fato ou de direito a recomendarem a aplicação de regra diversa ou a própria superação do precedente. Inalteradas as circunstâncias fáticas e jurídicas em relação ao caso pretérito, a norma aplicável deve ser a mesma.

Nessa perspectiva, conforme metáfora notabilizada por Ronald Dworkin²⁵, o direito deve ser visto como um romance em cadeia em contínua elaboração, no qual o capítulo do presente, redigido pelo julgador atual, deve guardar conexão com o capítulo do passado, escrito pelo julgador pretérito. A escrita de hoje pode confirmar ou desconfirmar a de ontem, nesta última hipótese, entretanto, mediante concretos fundamentos e ônus argumentativo adicional, jamais se ignorando a história da questão nos tribunais. Uma nova interpretação de um precedente deve dialogar com a tradição, ainda que para mudar sua direção²⁶. O acúmulo de experiência histórica da jurisprudência é uma riqueza a ser preservada e cultivada, fonte primordial da qual se extrai, num gradual, permanente e reflexivo processo de depuração de sentido, a melhor compreensão do direito. Trata-se de uma lenta evolução, marcada por pequenos ajustes feitos caso a caso para correção de erros anteriores, normalmente nos limites das necessidades decisórias do caso em julgamento, sempre à luz da experiência passada²⁷. O juiz pode até discordar da orientação do precedente, considerando-o injusto²⁸, o que, todavia, não o demove da superior importância de segui-lo, à falta de fundadas razões para não segui-lo. Impõe-se-lhe, em qualquer hipótese, tomá-lo em consideração em seu processo decisório.

Côncio da importância dessa tradição e da função cabível ao julgador nela inserido, a postura do magistrado anglo-saxão funda-se, precipuamente, num compromisso jurídico-cultural. Inexiste norma expressa na constituição ou na lei a obrigá-lo ao acatamento dos precedentes ou a estipular consequências ao juiz para a hipótese de

²⁵ *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275-286.

²⁶ PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997. p. 471.

²⁷ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997. p. 5.

²⁸ DUXBURY, op. cit., p. 3.

inobservância²⁹. O magistrado acata-os não por medo de sanção, mas por entender que aí reside uma prática correta³⁰. Se é verdade que, sob a perspectiva do positivismo jurídico clássico, uma obrigatoriedade assim considerada se afigura inócua – para os positivistas clássicos, inexistente obrigação jurídica sem previsão de sanção em caso de descumprimento³¹ –, é igualmente certo que no mundo da *common law* o acatamento dos juízes aos precedentes é uma realidade tão concreta e consolidada que simplesmente dispensa a previsão de mecanismos legais coercitivos.

Assentada nessa tradição, a primazia da independência judicial afasta a possibilidade de sanção ao magistrado que por ventura deixe de aplicar um precedente no exercício de sua função judicante. Quanto ao julgado em si, a consequência limita-se ao âmbito da recorribilidade ordinária, havendo grande probabilidade de reforma em grau de apelação³².

Em verdade, pondera-se no direito inglês acerca da possibilidade de sanção ao magistrado que *deliberada e reiteradamente* descumpra precedentes. A situação, de todo extrema, constitui exceção que confirma a regra da impossibilidade de punição. Revela, ainda, a constatação no sentido de que o que de fato desencoraja o juiz à inobservância dos precedentes é a preocupação com sua reputação no meio social e profissional, ou seja, o medo de reprovação moral por seus próprios pares e, em última instância, pela sociedade. É isso o que explica o alto grau de adesão da magistratura inglesa ao sistema de precedentes e a escassez de casos de abuso judicial, o que por sua vez faz com que a natureza da obrigatoriedade e as consequências do descumprimento sequer sejam debatidas em doutrina e jurisprudência³³.

Por sua vez, observa-se que o caráter vinculante do precedente anglo-saxão decorre tanto de sua fonte como da qualidade de sua fundamentação³⁴. No tocante à fonte, tem-se que quanto mais elevada a

²⁹ “O precedente possui um holding, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 85.).

³⁰ DUXBURY. op. cit., p. 21.

³¹ DUXBURY. op. cit., p. 15.

³² PECZENIK, op. cit., p. 463 e 469.

³³ CROSS, op. cit., p. 99.

³⁴ “Não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência, os juízes ressaltavam a relevância dos julgados, e, sobretudo de uma série de decisões conformes, como sendo os melhores intérpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito [...]” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.).

posição da corte na estrutura hierárquica judiciária maior o alcance vinculante de seus precedentes a abranger todas as instâncias abaixo situadas. É a chamada vinculação vertical, que se opõe à horizontal, representativa do acatamento dos precedentes por magistrados, órgãos colegiados ou cortes posicionadas em mesmo nível hierárquico³⁵.

No que se refere à qualidade da fundamentação, é importante destacar que o precedente não surge como tal no momento em que prolatada a decisão a ele correspondente. O propósito da decisão é solucionar o caso concreto, não fixar parâmetro para o futuro³⁶. Muito embora o julgador tenha em mente que sua decisão pode vir a ser utilizada como precedente em casos posteriores³⁷, isto apenas secundariamente pauta sua deliberação e seu raciocínio jurídico, orientados, de forma precípua, à solução do litígio sob julgamento. Por esse motivo, o elemento vinculante da decisão anterior não está claro nem pré-definido até que o juiz posterior delimite a *ratio*, segundo a qual o precedente deve ser seguido³⁸. Tendo em mãos o julgado de um caso anterior similar ao atual, ao magistrado do caso posterior cabe extrair sua *ratio decidendi*, assim delimitando o alcance da autoridade do precedente.

Nesse passo, é possível afirmar que a elevação da decisão anterior à condição de referência decisória para casos futuros varia em boa medida em função de sua qualidade argumentativa, isto é, de sua capacidade de oferecer fundamentos decisórios consentâneos aos princípios de direito – nisto reside, para Dworkin, a chamada força gravitacional do precedente³⁹ – e responsivos aos diversos argumentos oponíveis e

³⁵ TARUFFO, op. cit., p. 717.

³⁶ ROSSI, op. cit., p. 229.

³⁷ “A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there.” (SCHAUER, op. cit., p. 588 e 573.).

³⁸ DUXBURY, op. cit., p. 74.

³⁹ Para Dworkin e sua teoria interpretativista do direito, a influência de um precedente sobre casos posteriores não se limita à sua “força de promulgação” (*enactment force of precedent*), ou seja, ao simples fato da existência da decisão anterior. Ao contrário do que ocorre com a lei, cuja promulgação e cujos limites linguísticos definem o alcance de sua aplicação, a ascendência do precedente sobre o futuro depende de sua “força gravitacional”, a determinar-se em função da conformidade do precedente aos princípios de direito subjacentes a uma determinada comunidade política. Em apertada síntese, “a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação”. Impõe-se ao juiz Hércules, ainda, “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões” (p. 180 e 177), o que se afigura imprescindível à promoção da equidade, imperativo de se tratar casos semelhantes do mesmo modo (p. 176). “Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará suas técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo. Ele bem pode reconhecer aquilo que se poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force*

aspectos de análise da questão, que se apresentem universalizáveis⁴⁰ e, ainda, delimitados com clareza e precisão quanto ao objeto fático e jurídico do julgado, de modo a melhor viabilizar sua compreensão e seleção para utilização posterior em caso similar.

Com efeito, um precedente dotado de tais predicados pode manter-se aplicável por muito tempo sem ser superado⁴¹. Ainda que novos casos, com suas novas nuances, venham a confrontar a *ratio decidendi* antiga, ela, que está necessariamente submetida a uma formação paulatina, pode sofrer ajustes e pequenas mutações, sem, contudo, descaracterizar-se ou perder sua autoridade⁴².

Tais características não estão presentes no modelo brasileiro de precedentes. Sua obrigatoriedade vem estabelecida de forma expressa na legislação (art. 927, *caput*, NCP), lastreada na previsão de enérgico remédio processual, acionável na hipótese de inobservância, para além da recorribilidade ordinária. Não cabe reclamação para descumprimento da lei ou da Constituição, mas cabe para descumprimento de precedente, única forma encontrada pelo legislador – sustenta-se⁴³ – para superação de uma cultura judicial reputada pouco comprometida e mesmo resistente ao acatamento dos precedentes superiores.

of precedent). Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre os casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação [...] A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior [...].” (DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 173-174 e 176.) (grifo nosso).

⁴⁰ MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 99-110.

⁴¹ “The most authoritative precedents are likely to be those which represent unanimous reasoning, the reasoning of the most senior judges or (what is often the same thing) the very best legal minds or reasoning which has been tried and tested” [...] “If the reasons supporting the decision in a particular case are good reasons they should remain so in future similar cases, and so *prima facie* it makes sense to treat the reasons for the decision in the first case as reasons for replicating the decision in future similar cases. An adjudicator who eschews precedent is, in effect, declining the opportunity to piggyback on reasoning undertaken by his forebears”. (DUXBURY, op. cit., p. 65 e 93.).

⁴² MARINONI, op. cit., p. 249-250.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. p. 13 e 42. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

A opção do legislador é objeto de crítica da doutrina, que vislumbra uma indevida mutação ampliativa da hipótese de cabimento da reclamação, da tutela da autoridade da decisão do caso concreto, consubstanciada em sua parte dispositiva, para a tutela do sistema de precedentes e da unidade da ordem jurídica em abstrato⁴⁴.

Distingue-se o direito brasileiro, também, pelo modo de formação do precedente. Ao invés de uma progressiva maturação do entendimento acerca de uma questão jurídica, decantada ao longo do tempo por uma pluralidade de razões expostas por diversos julgadores em diversas instâncias, o precedente é fixado, no mais das vezes, em único julgamento de um tribunal superior, com a consideração apenas contingente do histórico de discussão acerca da matéria e com a limitação deliberativa inerente à singularidade do julgamento⁴⁵.

Ainda que ampliado o contraditório e selecionados recursos contendo abrangente argumentação – tem-se em mente, em especial, o regime dos recursos repetitivos (arts. 1.036, § 6º, e 1.038, I, NCPC) –, a deliberação única não pode ser comparada a um acumulado arcabouço de trabalhos jurisprudenciais, seja em abrangência de argumentos sopesados, seja em integridade e coerência com o passado, valores melhor contemplados na *common law* em virtude do necessário encadeamento entre razões decisórias de ontem e de hoje – frise-se, mesmo que no curso do tempo determinada orientação seja superada.

3. Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: limitações e desafios para um adequado funcionamento

Em que pesem as relevantes diferenças apontadas, algumas das noções elementares do sistema de precedentes da *common law* foram contempladas no Código de Processo Civil de 2015. Resta saber como o foram e em que medida, à luz de nossa cultura jurídica e de nossas vicissitudes institucionais, esses mecanismos agora positivados estão aptos a serem operacionalizados à semelhança de sua matriz inspiradora e, ao fim e ao cabo, à viabilização dos resultados esperados pela

⁴⁴ MITIDIERO, op. cit., p. 97-98.

⁴⁵ “Nosso precedente é estabelecido, muitas vezes, por um único julgamento sobre um determinado tema, mas com aptidão de resolver casos manifestamente diferentes daquele do qual se originou. Sua aplicação é obrigatória (não é fruto de uma evolução ou cristalização de um posicionamento em que o órgão julgador pode ou não aplicar a mesma razão de decidir, sem qualquer espécie de *sanção*).” (ROSSI, op. cit., p. 152.).

comunidade jurídica com a mudança legislativa (isonomia, segurança jurídica e eficiência decisória).

O artigo 927, do novo diploma processual, elenca as espécies de precedentes obrigatórios do direito brasileiro. Seu parágrafo primeiro estabelece que juízes e tribunais *observarão* o disposto nos artigos 10 e 489, parágrafo primeiro, quando decidirem com fundamento em algum desses precedentes. Enquanto o primeiro consagra o chamado princípio da não surpresa, o segundo fixa requisitos de motivação das decisões judiciais. Residem, neste último, os dispositivos cujo exame interessa ao presente estudo.

Considera-se não fundamentada a decisão judicial que “[...] se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [...]” (art. 489, § 1º, V, NCPC); ou “[...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI, NCPC).

Como se observa, a lei processual impõe ao julgador o dever de se manifestar expressamente sobre os fundamentos determinantes do precedente, identificando-os e justificando-lhes a aplicação ao caso concreto sob julgamento. Não basta a invocação pura e simples do enunciado da tese ou súmula, como se norma abstrata fosse. Igualmente, na hipótese de não seguimento do precedente, exige-se concreta demonstração de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*), o que também remete aos fundamentos determinantes. A inobservância de tal regra de motivação implica severa consequência: a nulidade da decisão, que será reputada desprovida de fundamentação.

O mais importante a ser destacado é a exigência legal de contato do julgador com os fundamentos determinantes do precedente obrigatório, erigida a condição de validade da decisão judicial. Em discreta aproximação da *common law*, é possível concluir que *o que de fato vincula são os fundamentos determinantes e não o enunciado da súmula ou tese*. A lei proíbe que o texto sumular, de caráter geral e abstrato, seja autonomamente considerado como fonte de normatividade, remetendo o intérprete às suas razões subjacentes, para que delas se extraia o comando normativo do precedente⁴⁶.

46 A técnica assemelha-se à eficácia transcendente dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade (cf. BARROSO, op. cit. p. 26-30).

O flerte com os sistemas anglo-saxões para por aí. Algumas dificuldades apresentam-se e, interferindo no funcionamento do sistema brasileiro de precedentes, colocam em risco a qualidade de seus resultados. A neutralização desses riscos, necessária ao sucesso do modelo, dependerá de como doutrina e jurisprudência consolidarem conceitos e, sobretudo, práticas no trabalho com precedentes. Arrolo, a seguir, alguns desses desafios.

Em primeiro lugar, tem-se a elaboração da redação do enunciado da tese ou súmula pelo tribunal. Conquanto aí não resida o elemento vinculante – como visto –, trata-se da referência inicial do intérprete, seu ponto de partida para as operações subsequentes (comparação de casos, identificação dos fundamentos determinantes). Revelam-se de grande importância a precisa definição do alcance material e semântico do enunciado e sua estrita conexão com o debate judicial que o precedeu, com as circunstâncias fáticas motivadoras da criação do precedente (art. 926, § 2º, NCPC). Redações mais ou menos abrangentes induzirão a pré-compreensões mais ou menos amplas do texto, sendo certo que quanto mais restritiva maior a possibilidade de adstrição comparativa ao caso paradigma⁴⁷. Outrossim, definições materiais imprecisas podem resultar em indevida aplicação do precedente a caso distinto.

A dificuldade nessa elaboração foi reportada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e por Patrícia Perrone Campos Mello em relação ao julgamento no Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 669.069, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. O caso concreto versava sobre a ocorrência ou não de prescrição da pretensão ressarcitória da União quanto a prejuízos gerados por um particular em um acidente de trânsito. Em sua defesa, a União alegou que as ações de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública eram imprescritíveis (art. 37, § 5º, CR), o que suscitou em plenário, por iniciativa do relator em sede de repercussão geral, discussão acerca do alcance da (im) prescritibilidade *em geral* da pretensão de ressarcimento ao erário. A despeito da estreita matéria fática debatida (indenização em acidente de trânsito), a deliberação acabou ampliando-se inadvertidamente

⁴⁷ Prefere-se, neste estudo, uma melhor adstrição comparativa à inconveniência de eventual subinclusão. Discorrendo sobre as vicissitudes de superinclusão e subinclusão: “Quando se opta por uma tese mais restritiva, assumem-se os ônus de uma orientação subinclusiva: persistência, em alguma proporção, de insegurança jurídica, de tratamento desigual e de litigiosidade envolvendo o tema. Quando a escolha recai sobre a tese mais ampla, incidem os riscos de uma tese superinclusiva: a produção de muitas distinções pelas cortes vinculadas e, por consequência, até que a matéria retorne ao tribunal vinculante, mais uma vez, insegurança jurídica, desigualdade e litigiosidade.” (BARROSO, *op. cit.*, p. 39-40.).

e levando à cogitação, pelo colegiado, da formulação de tese muito mais abrangente. Deliberou-se sobre a fixação de tese sobre ocorrência de prescrição em geral, o que incluía, por exemplo, a relativa a ato de improbidade. Ao final, prevaleceu como orientação decorrente do julgado a tese mais restritiva, com acerto porquanto devidamente adstrita aos fatos subjacentes e às questões jurídicas por eles suscitadas, por certo não levantadas a contento em relação à matéria fática que, embora debatida, era estranha ao caso concreto (“É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”)⁴⁸.

Os mencionados autores atribuem parcela dessas dificuldades ao caráter dedutivo do raciocínio jurídico no universo da *civil law* – da premissa maior à menor, do texto legal ao caso concreto –, em oposição ao método de indução atuante na *common law*.

[...] A preocupação de julgar a matéria de forma ampla e sistemática, a maior dificuldade em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum* e o raciocínio por dedução são algumas características usuais que marcam a atuação dos tribunais do sistema romano-germânico com precedentes, segundo a literatura comparada.

A lógica do *judge made law* é, contudo, a inversa. Nela, a norma é gerada por um raciocínio **indutivo**. Primeiro, decide-se o caso concreto. Depois, infere-se dele a tese universalizável que permitirá a solução de casos idênticos no futuro. No *judge made law* e, portanto, na formulação de um precedente normativo, **o julgamento começa pela premissa menor**. [...] ⁴⁹

Em segundo lugar, e distinta da redação do enunciado, está a precisa identificação da *ratio decidendi* aplicável ao caso concreto e os percalços a ela associados. Enunciado é mero ponto de partida interpretativo e sua elaboração incumbe ao tribunal competente, por ocasião da formação do precedente. Por seu turno, a tarefa de isolar a *ratio das obiter dicta* incumbe a todo e qualquer intérprete que pretenda defender a aplicação de um precedente judicial e terá lugar sempre

⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 33-38.

⁴⁹ BARROSO, op. cit., p. 37. Com destaques no original. Os autores baseiam-se nas lições de MacCORMICK e SUMMERS, op. cit., p. 536-537.

que o fizer. Observar o enunciado é observar a *ratio* do precedente que o originou⁵⁰.

Conforme supra discorrido, o confinamento da *ratio decidendi* vem permeado por vicissitudes presentes desde sempre no universo da *common law*, agora compartilhadas pelo direito brasileiro, que todavia tem a seu desfavor a tradição romano-germânica de um raciocínio jurídico dedutivo, de tendência abstratizante e pouco familiarizado a esse tipo de distinção.

O lugar de origem da *ratio decidendi* é a fundamentação da decisão do caso precedente, onde poderá ser pesquisada mediante atenta leitura comparativa. Não obstante, por razões operacionais orientadas à facilitação dessa tarefa, a legislação estabelece alguns mecanismos de sistematização e publicidade (art. 927, § 5º; art. 979, §§ 1º, 2º e 3º, NCPD). Mais que isso, a lei prevê a verdadeira sintetização dos fundamentos determinantes da decisão, com menção aos dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979, § 2º). A empreitada organizadora padece de sérias limitações, seja pela impossibilidade de se resumir, em sintéticos parágrafos, argumentações jurídicas complexas, seja pela inevitável seletividade da operação, a possibilitar que aspectos relevantes da fundamentação deixem de constar no resumo ou que *obiter dicta* nele constem indevidamente, como se *ratio fosse*⁵¹.

Em razão disso, a despeito de sua inegável utilidade prática, resta claro o caráter meramente orientador, jamais exaustivo e menos ainda vinculante, do conteúdo de catálogos ou ementários oficiais selecionando fundamentos determinantes de uma determinada tese ou súmula⁵².

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador : Juspodivm, 2015. v. 2, p. 464.

⁵¹ Michele Taruffo chama atenção para uma usual falta de rigor na distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* tanto na elaboração de súmulas como na prática forense em geral: “Gli obiter dicta non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore. Questa distinzione non è ignota nell’ambito della nostra giurisprudenza, ma non viene applicata con il necessario rigore: non di rado le massime [súmulas] contengono *obiter dicta*, in quanto chi formula la massima [súmula] spesso estrae dal testo della sentenza qualunque enunciazione giuridica senza verificare se essa sia la base effettiva della decisione; nella pratica giudiziaria ci si comporta non di rado nello stesso modo, richiamando qualunque parte della sentenza che pare utile invocare come precedente. In tal modo diventa del tutto incerto che cosa sia ciò che si utilizza per rafforzare la giustificazione della decisione successiva, sicché anche l’*obiter dictum* può – benché indebitamente – ‘fare precedente’.” (op. cit., p. 715).

⁵² Defende Camilo Zufelato que no Brasil “dá-se demasiada importância para a *synthese da decisão*, que reproduz o dispositivo da decisão, e quase nenhuma atenção aos dados fáticos ou mesmo de direito que motivaram o sentido da decisão. Seria preciso destacar, nos precedentes nacionais, a *ratio decidendi* que animou a decisão, e não somente a conclusão do julgamento. Basta ver que as

A referência primordial da *ratio decidendi* é a fundamentação do acórdão, para o qual deve se remeter o intérprete para melhor identificá-la e apreender-lhe o alcance normativo. A vinculação incide sobre as razões de decidir necessárias e suficientes à conclusão do julgado, sintetizada no enunciado apenas para fins informativos.

Por conseguinte, razões de fato e de direito secundárias e não determinantes ao desfecho conclusivo, assim como argumentos jurídicos não enfrentados de forma expressa no julgamento paradigma, constituem *obiter dicta* e, portanto, não vinculam. Na mesma linha, no julgamento colegiado, faz-se necessária a formação de maioria quanto ao(s) fundamento(s) determinante(s), e não apenas em relação à parte dispositiva do acórdão. Não implicam vinculação convergência no resultado e divergência de fundamentação entre os membros do colegiado⁵³.

Merece ser destacada, uma vez mais, a importância da consideração dos fatos subjacentes para identificação do fundamento determinante. Tal operação não prescinde do substrato fático do caso. Se operar com precedentes é fazer comparação entre caso passado e presente, toda concepção prática que negligencie as bases fáticas a pretexto de extrair uma abstrata e autônoma razão jurídica estará incorrendo não só na impraticável cisão entre fato e direito⁵⁴; estará limitando os parâmetros comparativos de aferição da similaridade entre os casos, com evidente prejuízo ao almejado tratamento isonômico.

atuais súmulas brasileiras, via de regra, não fazem referência às peculiaridades do caso concreto na qual se originou o precedente, mas sintetizam o decísum". (*Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *O novo Código de Processo Civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.).

⁵³ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 454. Nesse sentido, são pertinentes as colocações de Marcelo Neves: "Na perspectiva do desenho institucional formal, o fato de que cada voto é elaborado separadamente e constitui parte do acórdão torna altamente improvável qualquer aprendizado colegiado. A esse respeito, o que conta é o dispositivo. Em casos de alta relevância constitucional, a decisão é tomada por unanimidade, mas os fundamentos são diversos e, às vezes, contraditórios. Não há *ratio decidendi* comum. Configura-se um decisionismo em relação à maioria convergente em torno do dispositivo. Em matéria de declaração de inconstitucionalidade, que exige maioria absoluta do pleno, é comum alcançar-se essa maioria quanto ao dispositivo, sem que isso ocorra em relação aos fundamentos. Nesse sentido, a construção de precedentes fica prejudicada e, portanto, o aprendizado constitucional bloqueado. Muitas vezes, a própria ementa não consegue expressar o fundamento e resultado da decisão, dadas as incongruências argumentativas no procedimento decisório." (*A "desrazão" sem diálogo com a "razão"*: teses provocatórias sobre o STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>>. Acesso em: 15 set. 2018.).

⁵⁴ Na lição de Castanheira Neves "o 'puro fato' e o 'puro direito' não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria de direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto" (*Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 586. Apud ROSSI, op. cit., p. 239.).

Despiciendo dizer, nesse contexto, da redobrada importância do dever de motivação das decisões judiciais, em especial o das cortes de precedentes, quais sejam aquelas incumbidas da fixação uniformizadora e vinculante da interpretação do direito nacional, para além da função recursal desempenhada no caso concreto, de mero controle de legalidade e constitucionalidade dos julgamentos dos órgãos jurisdicionais inferiores. *A fundamentação adequada constitui verdadeira condição de possibilidade de um precedente vinculante, cuja aplicação a casos posteriores restará dificultada ou mesmo prejudicada à falta de exato conhecimento de suas premissas de fato e de direito. O dever de fundamentação é uma via de mão dupla, presente na formação e na aplicação do precedente, obrigando juízes de primeiro grau, tribunais ordinários e tribunais de sobreposição*⁵⁵.

Em terceiro lugar, enfatizo um aspecto não dogmático das questões abordadas. As considerações anteriores dizem respeito a questões de natureza dogmática, desafios de interpretação e aplicação, que serão enfrentados tanto por quem participa da elaboração do precedente como por quem o aplica, bem assim a parte que defende sua aplicação ou afastamento no caso concreto. Tais percalços, situados no plano dogmático-interpretativo, apresentam-se mesmo a operadores que dominem o manuseio dos novos institutos e que se empenhem verdadeiramente em seu bom funcionamento, à luz da disciplina legal instituída pelo Código de Processo Civil vigente.

É de se reconhecer, entretanto, a existência de um risco de natureza cultural a acometer-nos todos que, no Brasil, fomos formados sob a tradição romano-germânica de interpretação e aplicação de textos legais gerais e abstratos. À luz do universo conceitual da *civil law*, o direito positivado constitui a fonte normativa primordial: fatos anteriores são irrelevantes e razões jurídicas não contidas expressamente no texto legal têm papel meramente secundário. O peso da tradição nos hábitos e práticas de uma sociedade não é algo que possa ser ignorado. Com a comunidade jurídica nacional, que igualmente compartilha de determinados modos de proceder no trato do direito, não é diferente.

É nesse particular contexto de práticas arraigadas em sentido diverso das práticas da *common law* que merece atenção o risco de aplicação direta do próprio enunciado como se norma fosse, em singe-

⁵⁵ MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 20 e 25, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1138>>. Acesso em: 20 set. 2018.

la operação de subsunção. Considere-se, em acréscimo, o expressivo volume de processos nos escaninhos digitais da justiça brasileira (fator institucional), e o que se tem é uma inegável tentativa de se utilizar o precedente nos moldes de uma norma geral e abstrata.

4. Considerações finais

É verdade que equiparar o precedente à norma geral e abstrata oferece inegáveis ganhos de eficiência, uma vez desonerado o julgador da laboriosa tarefa de justificar, concretamente, sua adequação ao caso sob julgamento. Operações como identificação de fundamentos determinantes ou demonstração de distinção ou superação do precedente demandam considerável trabalho de argumentação e justificação. Ignorá-lo abre a possibilidade de, em poucas linhas, ter-se uma sentença. Em poucas horas, muitas prontas e acabadas. O preço, contudo, é alto: a padronização de julgados, à revelia das peculiaridades de cada caso e dos mecanismos introduzidos pelo Código de Processo Civil vigente. Não há que se falar em promoção de isonomia, previsibilidade ou unidade do direito nessas circunstâncias. Apenas em eficiência, massificada eficiência⁵⁶.

Se a previsão legal de um imperfeito sistema de precedentes será capaz de ajustar a prática judicial às suas disposições e superar nossas adversas inclinações culturais e institucionais, isso só o tempo dirá⁵⁷. Por ocasião deste momento histórico inaugural, constitui desafio bastante chamar a atenção para o risco que corremos. O imperativo da eficiência, que acomete a todos os magistrados brasileiros, não pode sobrepor-se ao adequado manuseio da nova técnica, consolidando um *modus operandi* viciado, degenerando-se em indesejada linha de produção de decisões judiciais. Se bem operado – acredita-se –, o novo sistema pode oferecer algo mais que isso.

⁵⁶ Economia de tempo de tramitação e diminuição do número de processos como vetores preponderantes do legislador processual (ZUFELATO, op. cit., p. 95).

⁵⁷ Pondera Lenio Streck que “as súmulas não são um problema ou um ‘mal em si’. Podem ser importantes para colocar o ‘selo jurídico’ em conquistas hermenêuticas. Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito. Na verdade, que transforma a SV em um ‘mal em si’ são as suas equivocadas compreensões e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da facticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da ‘questão de fato’ (v.g., por todos, Neil McCormick). Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado, o verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. [...]” (*Hermenêutica em crise*, op. cit., p. 85-86).

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

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

CROSS, Rupert; HARRIS J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 10, p. 44-54, jan. 2004.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____.; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, jul.-dez. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1138>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes* – da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY, Nelson Junior. Entrevista à página eletrônica de notícias jurídicas “Jota”. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016>>. Acesso em: 21 set. 2018.

NEVES, Marcelo. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997.

ROSSI, Julio Cesar. *Precedente à brasileira* – a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, p. 571-605, 1987. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1228760>. Acesso em: 15 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____.; ABOUD, Georges. *O que é isso? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 61, n. 3, p. 709-725, set. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90-112.