

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUSTAVO GARCIA DIONÍZIO

**CONTRIBUIÇÕES PARA UMA APLICAÇÃO
CONSTITUCIONAL DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES
JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

VITÓRIA
2021

GUSTAVO GARCIA DIONÍZIO

**CONTRIBUIÇÕES PARA UMA APLICAÇÃO
CONSTITUCIONAL DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES
JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho Científico apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para aprovação na disciplina de TCC.

Orientador: Prof. Me. Carlos Frederico Bastos Pereira.

VITÓRIA
2021

RESUMO

A presente monografia analisa se houve o desenvolvimento de uma força vinculante dos provimentos judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, relacionando-o com a evolução da teoria da interpretação aplicada ao âmbito normativo. Para tanto, perquire como os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015 tratavam do tema e se houve um reconhecimento legal de vinculatividade os provimentos judiciais ao longo do tempo. Além disso, busca conceituar o precedente judicial e expor as diferentes visões acerca da recepção, pelo Brasil, de um sistema de precedentes judiciais. Em seguida, examina a constitucionalidade da existência de um sistema de precedentes no Brasil e propõe algumas considerações indispensáveis à aplicação constitucional de precedentes judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Teoria da interpretação. Provimentos judiciais. Código de Processo Civil. Vinculação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	04
2 DO ATUAL CENÁRIO DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO	05
2.1 DOS JUÍZES BOCA DA LEI À DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA	05
2.2 FORTALECIMENTO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS: DA PERSUASÃO À VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES	09
3 O QUE SÃO OS PRECEDENTES JUDICIAIS?	14
3.1 OS PROVIMENTOS DO ART. 927 DO CPC/15 SÃO PRECEDENTES?	14
3.2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES A PARTIR DE CORTES DE VÉRTICE	18
3.2.1 Violação à separação de poderes: das diferenças entre lei e precedentes judiciais	22
4 PROPOSTA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	25
4.1 A EVIDENCIAÇÃO DOS CASOS CONCRETOS QUE LEVARAM À FORMAÇÃO DO PRECEDENTE: DISTINÇÃO (<i>DISTINGUISHING</i>) E SUPERAÇÃO (<i>OVERRULING</i>)	25
4.2 MAIS QUE SUPERAÇÃO OU DISTINÇÃO: POSSIBILIDADE DE DESAFIAR (REVISAR) PRECEDENTES INCONSTITUCIONAIS OU ILEGAIS.	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	33

1 INTRODUÇÃO

A formação de um ambiente jurídico seguro, que possibilite aos jurisdicionados autodeterminarem-se com segurança é questão central em todos os Ordenamentos Jurídicos. De fato, o entrelaçamento entre o conceito de segurança jurídica e os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade fazem com que a previsibilidade na aplicação do Direito seja amplamente estudada.

Mesmo decorridos seis anos da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, correntes doutrinárias divergem diametralmente a respeito da constitucionalidade do chamado “sistema de precedentes”, consoante alguns, exteriorizado pelo artigo 927. Isso demonstra que perdura o interesse em estudar esse instituto cada vez mais presente na atividade dos juristas brasileiros.

A integração de um sistema de precedentes ao Ordenamento Jurídico, em que pese sua funcionalidade, tanto não pode prescindir de uma análise a respeito de sua constitucionalidade, quanto não pode quedar em uma aplicação irrefletida sobre o que de fato seja um precedente, sobre como se o aplica e sobre quais são os remédios para o caso de uma aplicação patológica desse instituto.

Dessa feita, o presente trabalho tem por escopo apresentar o atual panorama doutrinário acerca dos provimentos judiciais vinculantes; indicar o que de fato são os precedentes; apontar as diferenças entre precedentes e institutos que veiculam precedentes; perquirir se o artigo 927 do Código de Processo Civil veicula precedentes judiciais vinculantes; bem como propor uma interpretação conforme à Constituição a um sistema que precedentes judiciais tem de ser observados.

2 DO ATUAL CENÁRIO DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

2.1 DOS JUÍZES BOCA DA LEI À DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA

A evolução da teoria da interpretação judicial é tema posicionado no âmago do debate acerca dos precedentes judiciais. Originalmente, se tinha a concepção de que a decisão judicial meramente declarava as normas preexistentes. Nesse sentido, na França e na Inglaterra desenvolveram-se duas perspectivas mitológicas a respeito dos juízes:

Enquanto a experiência inglesa fundava-se na ideia de que os juízes constituíam oráculos do Direito, cujas decisões consubstanciavam-se em verdadeiras provas vivas da existência do *Common Law*, a experiência francesa oriunda da Revolução concebia os juízes como seres inanimados que exerciam um poder em realidade inexistente. Em ambos os casos, porém, partia-se do pressuposto de que a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente – consubstanciada no *Common Law* no caso inglês, consistente na *loi écrite* no caso francês – e de que a sua aplicação resolvia-se em um juízo meramente lógico-dedutivo (MITIDIERO, 2017, p. 25-26).

Tratam-se dos mitos dos *Oracles of the Law*, no Direito inglês, e dos *Juges Inanimés*, no Direito francês. Em ambos os casos, a atividade judicial era de simplesmente declarar normas que já existiam previamente, por meio de uma atividade silogística.

Na França, os revolucionários lançaram mão dos pensamentos de Montesquieu (2003, p. 172), o qual afirmava que os juízes da nação, como seres inanimados, não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei. Por conseguinte, tem-se que os juízes deveriam se limitar a declarar a norma preexistente editada pelo legislador, vedando-se a interpretação.

O Estado de Direito, nesta senda, como consequência da Revolução Francesa, nasceu na forma de um Estado Legislativo porquanto a lei se confundiria com a norma jurídica em si, pelo que esse sistema se alinhava ao positivismo exegético. Consoante Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 43),

Essas concepções teóricas do positivismo exegético tiveram forte impacto sobre o modo de se compreender a jurisdição, sobretudo porque se somavam a razões históricas. Os magistrados se comprometeram com o *Ancien Régime*, fazendo-se, então, mal aos olhos dos revolucionários.

A lei deveria ser aplicada, assim, de forma subsuntiva ao caso concreto, não podendo o juiz conferir interpretações ampliativas ao que estava, em teoria, gramaticalmente estabelecido pelo texto legal.

Diante desse cenário, surgiram as cortes de cassação, cuja função era buscar o sentido exato da lei e permitir o controle de decisões judiciais que extrapolavam os limites estabelecidos pela interpretação literal.

Contudo, fatores como a ascensão de outros setores sociais ao campo político, o aumento na quantidade de leis e a velocidade da evolução econômica e social abalaram de vez a ideia de um Estado Legislativo, afetando por completo a ideia de um positivismo exegético e de uma concepção meramente declaratória das leis pelo Judiciário.

Leis passaram a indicar princípios e finalidades, ampliando as possibilidades de aplicação pelos juízes. Diferentemente das regras, princípios não são pautados pelo sistema de “tudo ou nada”, mas comportam incidência em maior ou menor grau. Ademais, com o aumento da quantidade de leis, juízes passaram a ter que resolver antinomia jurídicas para conferir coerência ao sistema e atender a vedação ao *non liquet*.

Consoante Lopes Filho (2020, p. 47), é possível constatar que “[...] o Estado legislativo atendia às demandas de um Estado liberal, não sendo suas ferramentas teóricas, ideológicas e institucionais adequadas para reger o Estado social. Nessa crise, o positivismo exegético é arrastado”.

Ambas as grandes tradições jurídicas, *Common Law* e *Civil Law*, inicialmente fincadas na preexistência e determinação do Direito, participaram da evolução em que se reconheceu um caráter principal – e não mais periférico – à interpretação nas decisões judiciais.

Kelsen, embora positivista, já tratava da questão no último capítulo de sua “Teoria Pura do Direito” (1934), dizendo que “O Direito a aplicar forma [...] uma moldura dentro

da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível” (1998, p. 247).

Em Kelsen, as leis já não ocupavam o topo da hierarquia de produção jurídica e nem mesmo eram tidas como unívocas. Ao Judiciário seria dada a função de aplicar concretamente um dos diversos sentidos possíveis da lei, os quais se apresentavam dentro de um quadro hermenêutico, bem como de proceder ao necessário cotejo com o disposto pela Constituição, fonte do Direito hierarquicamente superior às leis.

Hebert Hart em sua obra “O Conceito de Direito” (1961), adepto ao positivismo normativista, resta por confrontar a teoria cognitivista da interpretação ao tratar da indeterminação da linguagem. Segundo ele, a linguagem possui uma textura aberta e, na medida em que o Direito é formado pela linguagem, vários podem ser os sentidos das palavras, o que as vezes importa em efetiva escolha entre as diferentes possibilidades pelos juízes.

Hart e Kelsen, concluem, portanto, pela inexistência de uma predeterminação absoluta do Direito que era pregada pelo positivismo exegético. Ao contrário, “a escolha entre as várias opções igualmente válidas dentro do quadro não deriva de um juízo cognitivo ou mesmo predeterminado racionalmente e sim de um ato de vontade do juiz” (LOPES FILHO, 2020, p. 51), conclusão que indica a importância de responsabilizar o juiz por suas escolhas hermenêuticas.

Nesta senda, já não se fala mais em um único sentido possível que é conhecido e declarado pelo juiz como sendo a norma jurídica aplicável ao caso, mas em uma escolha dentre as diversas possibilidades que a linguagem permitir. “A interpretação converte-se em uma atividade da qual o significado normativo invariavelmente depende” (MITIDIERO, 2017, p. 57). Passa-se à teoria adscritiva da interpretação e evidencia-se a distinção entre texto e norma.

Diferente foi a evolução do sistema do *Common Law*. Aduz Mitidiero (2017, p. 31) que paulatinamente a doutrina inglesa começou a identificar o precedente como parte do processo de tomada de decisão judicial, adquirindo ele uma função persuasiva no

contexto processual. Ainda não se tratava de uma força vinculante na medida em que o precedente poderia ser afastado se os juízes se convencessem de sua injustiça.

No tocante à teoria da interpretação, porém, assemelhava-se à doutrina do *Civil Law*. Isso porque, inicialmente, a doutrina inglesa lançava mão da teoria cognitivista e meramente declaratória das normas jurídicas, partindo do pressuposto que os juízes não exerciam qualquer valoração, apenas apresentavam a única norma – descoberta a partir dos costumes imemoriais do homem inglês – correta para o caso examinado.

Naqueles casos, porém, em que o precedente fosse afastado por ser considerado injusto, Blackstone afirma que isso se daria em razão de erro do juiz, que não declarou corretamente a norma aplicável ao caso e, assim, aquele precedente “*was not law*” (2011, p. 64). O que importa é que ainda se entendia haver uma única resposta possível, a qual deveria ser encontrada e declarada pelos juízes.

Evidente que essa conclusão comprometia a segurança jurídica do sistema inglês, na medida em que tornava fácil ao juiz seguinte dizer qual precedente era e qual não era Direito. Nesse sentido, Jeremy Bentham dá causa a uma virada de entendimento ao afirmar que o direito inglês era um direito judiciário (2000, p. 12), feito pelos juízes, não mais meramente declaratório e necessariamente vinculante.

Hodiernamente, conclui-se pela diferenciação entre texto legal e norma jurídica, pelo que essa é construída a partir daquela e com ela não se confunde. Nesse contexto, não se pode perder de vista que um Ordenamento Jurídico que promova efetivamente a liberdade e a igualdade têm de ser seguro. Ao contrário, a conclusão de que um mesmo dispositivo legal interpretado pode culminar em diferentes normas jurídicas acaba soando como uma afronta a segurança jurídica.

Assim, uma vez estabelecido que o Judiciário não apenas descobre um Direito pré-estabelecido, mas constrói a norma jurídica a partir do texto legal com vistas a solucionar conflitos no caso concreto, e em razão do fortalecimento conferido pelo Ordenamento Jurídico aos provimentos judiciais, cuja função não se encerra mais no caso concreto em que foi proferido, é imprescindível dar a devida importância ao

estudo da vinculatividade dos precedentes judiciais, sua correta aplicação e consequências da má aplicação do instituto.

2.2 FORTALECIMENTO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS: DA PERSUASÃO À VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

A atual concepção da teoria da interpretação, diferenciando o texto legal da norma jurídica que dele decorre, resta por conferir foco ao precedente judicial na medida em que a norma jurídica emanada da decisão judicial pode repercutir não apenas no caso concreto analisado, mas também em outros casos futuros de aplicação do mesmo enunciado normativo. É, portanto, consequência da separação entre texto e norma que exsurge a força vinculante dos precedentes judiciais.

Com efeito, verifica-se que os provimentos judiciais percorreram uma trajetória de aumento de sua relevância no Ordenamento Jurídico, chegando a ter um reconhecimento legal de sua vinculatividade. Em verdade, como se viu, é a evolução da teoria da interpretação que permite concluir pela vinculatividade dos precedentes – afinal, com a diferenciação entre texto e norma, o processo de construção da norma jurídica passa a ter como referencial a interpretação dada pela jurisdição –, não havendo necessidade de uma autorização específica pelo legislador.

Consoante Mitidiero (2017, p. 86), “[...] a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram a base de certas decisões judiciais – como ocorre com o art. 927 do CPC”.

Nesse sentido, aponta-se que o precedente surge com uma função ilustrativa. Na medida em que o direito inglês é formado a partir de casos concretos (*Case Law*), após a descoberta e declaração do *Common Law* pelos juízes, os precedentes inicialmente serviram como uma evidência da existência do Direito.

Contudo, com o tempo os precedentes passaram a integrar o processo de tomada de decisão, adquirindo uma função persuasiva. Assim, uma decisão judicial anterior

evidenciava a existência do Direito e, por isso, era utilizada por um juiz posterior para fundamentar sua decisão. Porém, os juízes posteriores não restavam vinculados aos precedentes, vez que “*precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust*” (BLACKSTONE, 2011, p. 64).

Essa possibilidade de afastar o entendimento anterior porque injusto somada à concepção de um direito não positivado e cuja solução para o conflito era conhecida e revelada por um juiz “*oracle of the law*” era deveras prejudicial à segurança jurídica necessária ao funcionamento de qualquer sistema jurídico.

Com efeito, o precedente persuasivo não constituía uma norma jurídica com força vinculante, na medida em que os juízes posteriores, mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso, poderiam negar sua aplicação (MITIDIERO, 2017, p. 35).

Sob essa perspectiva, evidente o poder exacerbado conferido aos juízes quando, na verdade, eles tinham livre escolha das normas a serem aplicadas e dos precedentes que seguiriam ou não. Nesse cenário, a exposição feita por Bentham de que o direito inglês é um direito judiciário resta por dar o pontapé inicial para que os precedentes passem da persuasão à vinculação, com o fito de limitar a atividade criativa judicial e conferir maior segurança jurídica ao ordenamento, sem a qual não é dada às pessoas a possibilidade de autodeterminarem-se.

Esse mesmo cuidado deve ser observado no caso de uma possível aplicação de um sistema de precedentes no Brasil: a atividade criativa judicial deve ser limitada para que não se aniquile a segurança jurídica em um ordenamento familiarizado com um direito positivado. No entanto, reconhecendo-se que o direito posto pelos códigos e demais diplomas normativos apenas indicam o texto sobre os quais o Judiciário adscreverá sentido normativo, o que pode fugir à interpretação meramente literal, os juízes precisam ser responsáveis pelas escolhas hermenêuticas empreendidas.

Obviamente, quando se diz que juízes precisam ser responsáveis pelas escolhas hermenêuticas, não se quer dizer que eles mereçam sofrer sanções por decidir, mas tão somente que eles não declaram a única resposta possível para a questão

hermenêutica, mas realizam efetivamente uma escolha dentre as possibilidades que lhe são apresentadas. Ademais, é preciso que estejam muito claras as possíveis consequências de uma decisão que, vinculante, poderá se espalhar para outros casos concretos.

Nesta senda, cumpre observar que o CPC/1939 veicula um embrião do sistema de precedentes no Ordenamento Brasileiro ao prever o recurso de revista

Art. 853 - Conceder-se-á recursos de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupos de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas.

Evidente que a preocupação dessa previsão era com a unidade de posicionamento de um mesmo órgão judicial. Embora esse recurso não tenha sido reprisado pelo CPC/73, a nova legislação tinha inicialmente a mesma preocupação, porquanto seu texto original previa tão somente duas ferramentas de uniformização horizontal do entendimento: os embargos de divergência (art. 546, p. único) e o incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476). Esse segundo instituto, inclusive, possibilitou que pela primeira vez a edição de súmulas pelos tribunais fosse prevista pela legislação processual.

Contudo, o CPC/73 sofreu algumas reformas, intensificando os poderes do relator e produzindo um efeito obstativo de revisão das decisões, com parâmetro nos entendimentos jurisprudenciais e nas súmulas. Nesse cenário, o art. 557, com redação dada pela Lei 9.756/98, possibilitava ao relator negar seguimento a recurso manifestamente conflitante com súmula ou jurisprudência dominante dos próprios tribunais ou de tribunais hierarquicamente superiores.

Outras modificações nesse mesmo sentido advieram das Leis 10.352/2001, 11.277/2006 e 12.322/2010, ao inserirem, respectivamente, os arts. 475, §3º; 518, §1º; e 544, §4º, todos veiculando filtros obstativos de recursos.

Ainda, foram insertos os arts. 543-B e 543-C ao Código, consistentes no incidente de recursos repetitivos. Conquanto não se utilizasse de provimentos com efeitos vinculantes, indica a intenção que a intenção das reformas ao CPC/73 era tão somente a de conferir eficiência ao julgamento nos tribunais, evitando o abarrotamento de processos em razão de recursos.

É possível notar que, até então, a vinculação aos precedentes judiciais se dava mormente em um nível horizontal, ou, quando muito, apenas os tribunais restavam vinculados aos entendimentos das cortes superiores hierarquicamente. Em relação ao primeiro grau, a legislação não previa tal vinculação, sendo possível concluir que tais provimentos teriam efeitos meramente persuasivos para esses magistrados.

Exceção a isso foram as Súmulas Vinculantes, que ingressaram no Ordenamento Jurídico pela Emenda Constitucional nº 45 que inseriu o art. 103-A na Constituição. Tais súmulas, que tiveram sua constitucionalidade questionada, subsistem no Ordenamento e são editadas pelo Supremo Tribunal Federal para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário (o que inclui os magistrados de piso) e a Administração.

O CPC/2015, por sua vez, se utiliza desses instrumentos já existentes no CPC anterior, mas acrescenta no art. 927 um sistema de provimentos judiciais que devem ser observados por todos os juízes e tribunais. Antes, o art. 926 do diploma processual informa que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, o que remete à noção de unidade do Direito e prestígio da segurança jurídica.

No sentido de conferir unidade interpretativa aos textos legislativos e constitucionais, o art. 927 foi editado elencando um rol de provimentos, principalmente emanados de cortes superiores, cujas razões determinantes constantes da fundamentação da decisão (precedentes) devem ser aplicadas pelos juízes e tribunais subsequentes. No entanto, preciso ter em vista que

Esse rol não traz todas as decisões que podem veicular precedentes. Apenas indica pronunciamentos que desfrutam de uma medida protetiva indireta específica (reclamação) ou uma medida promocional indireta (autorização para julgamento liminar improcedente, decisões por parte do relator de recursos, entre outros) (LOPES FILHO, 2020, p. 110).

Portanto, antes de verificar a constitucionalidade de um sistema de precedentes vinculantes no Ordenamento Jurídico Brasileiro mostra-se interessante averiguar se esses provimentos judiciais constantes do art. 927 são precedentes, ou, ainda, se eles ao menos veiculam precedentes judiciais vinculantes, embora *a priori* não o sejam.

3 O QUE SÃO OS PRECEDENTES JUDICIAIS?

3.1 OS PROVIMENTOS DO ART. 927 DO CPC/15 SÃO PRECEDENTES?

Na doutrina brasileira, o conceito de precedente judicial varia a depender do enfoque dado: à qualidade, aos fatos ou à função dos precedentes. De uma forma geral, considera-se precedente a decisão judicial proferida à luz de um caso concreto e que pode fundamentar o julgamento de casos análogos posteriores por meio de seu elemento normativo.

Daniel Mitidiero (2017, p. 89) entende precedentes como razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão precisada fática e juridicamente, obtida por generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos por uma Corte Suprema. Com esse conceito, Mitidiero pretende sustentar um conceito qualitativo, material e funcional, vez que aduz à qualidade das razões, à dependência em relação ao caso concreto e à função dos órgãos judiciais que emanam precedentes.

Contudo, a teoria de que existem cortes (supremas, superiores ou de vértice) cuja funcionalidade exclusiva é a de emanar precedentes – e cuja constitucionalidade analisada posteriormente – resta por prestigiar um argumento de autoridade e por ignorar que todo juiz é um guardião da arquitetura jurídica (STRECK, 2020, p. 71).

Por essa razão, preferimos adotar o conceito de precedente proposto por Juraci Mourão Lopes Filho, segundo o qual

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (regulamentares, legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros em disputa ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais (LOPES FILHO, 2020, p. 301).

Esse conceito, que prestigia de forma mais acentuada a qualidade da decisão, implica na conclusão de que o precedente enriquece o sistema jurídico, garantindo um ganho hermenêutico, seja pela obtenção de um novo sentido ao texto legal/constitucional/regulamentar, seja pela escolha por um sentido específico a ser

dado ao texto, ou conferindo um sentido não abarcado, em um primeiro momento, pelo texto.

Quanto a essa última possibilidade, não se pode perder de vista que “a discricionariedade da atuação concedida ao legislador não pode conduzir a um descumprimento ou a uma ineficácia dos direitos fundamentais” (PEDRA, 2012, p. 232), pelo que, em casos tais, o Tribunal, de forma positiva, deve interpretar o Ordenamento Jurídico e conferir um sentido não aprioristicamente dado pelo texto e permitir a concretização desses direitos.

Ademais, o conceito adotado não ignora que precedentes só o são à luz das peculiaridades fáticas que a decisão levou em conta. Prestigia também, assim, o aspecto material do conceito de precedente.

Consequência lógica desse conceito, toda e qualquer decisão judicial tem o condão de gerar um precedente, desde que dê causa a um ganho hermenêutico. Essa ideia possui íntima relação com o conceito de interpretação operativa – concepção originalmente formulada por Ferrajoli e posteriormente desenvolvida por Wróblewski – aduzida no Brasil por Hermes Zaneti Jr. Essa forma de interpretação é caracterizado por ser praticada por juízes, em concreto, almejando compreender/interpretar/aplicar o significado concreto expresso na linguagem jurídica.

Nesse contexto, Zaneti Jr., em trabalho produzido em conjunto com Carlos Frederico Bastos Pereira (2019, p. 37), afirma que

Existe uma relação muito clara entre interpretação operativa e formação do precedente judicial: a interpretação operativa é *meio* do qual o precedente judicial é *resultado*. Juízes e tribunais, mediante interpretação operativa, (re)constroem o sentido do dispositivo normativo à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, acrescentando à ordem jurídica um conteúdo normativo *novo*, devidamente (re)construído.

Por conseguinte, vez que toda e qualquer decisão judicial tem o condão de gerar um precedente (desde que dê causa a um ganho hermenêutico), o art. 927 do CPC/15 elenca um rol meramente exemplificativo de provimentos judiciais capazes de veicular precedentes.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que alguns desses provimentos não são, rigorosamente, precedentes, embora os veiculem. Revela-se fundamental, nesse particular, realizar a devida diferenciação entre precedentes, jurisprudência e súmulas. Inclusive, o próprio art. 489, §1º, VI do CPC/15 indica que eles encerram institutos diferentes e que não se confundem. Em suma,

[...] precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões obre o mesmo assunto. E súmula constitui ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante (LOPES FILHO, 2020, p. 142).

Observa-se, assim, que o precedente advém de uma decisão isolada, única. Por outro lado, a jurisprudência pressupõe uma construção, uma reiteração de pronunciamentos judiciais no mesmo sentido ao longo do tempo. Admite-se, porém, que a jurisprudência não seja pacífica porquanto possível existirem decisões em sentido diverso no seio de um mesmo tribunal. A jurisprudência tem maior relevância, com efeito, quando se mostra dominante em face das outras decisões divergentes.

Já as súmulas decorrem de atividade administrativa dos Tribunais quando eles almejam sintetizar e informar seus entendimentos mais enraizados e consolidados sobre determinada questão por meio de enunciados gerais e abstratos. Por serem mais estáveis, as súmulas gozam de maior destaque na uniformização da aplicação do Direito se comparadas à jurisprudência. Contudo, “súmula, tanto as vinculantes quanto as não vinculantes, possuem um modo específico e próprio de uso: mediante o cotejo com os elementos dos julgamentos que lhe deram origem [...]” (LOPES FILHO, 2020, p. 146).

A súmula representa um consenso jurisprudencial e sua interpretação e aplicação não podem prescindir de análise mais detida das questões e nuances apreciadas nos precedentes que lhe são subjacentes. Dessa maneira, em sendo o precedente aquele provimento judicial que importa em um ganho hermenêutico ao sistema, é plenamente possível que uma súmula veicule um precedente.

Feita essa exposição, tendo em vista que toda decisão judicial que dê causa a um ganho hermenêutico pode ser um precedente se futuramente aplicado, os incisos I e III do art. 927 podem ser precedentes, enquanto os provimentos dos incisos II, IV e V podem veicular precedentes, embora rigorosamente não o sejam *per si*.

Quanto ao inciso V do art. 927, chega-se a essa conclusão pois entendemos, assim como Lopes Filho (2020, p. 330), que as orientações por ele referidas são orientações sumuladas, já que tanto o art. 332 quanto o art. 932, IV e V fazem referência a súmulas dos tribunais locais, as quais não são expressamente descritas pelos incisos do art. 927, pelo que se conclui serem justamente as referidas “orientações” de que trata o inciso V.

Nesta senda, a funcionalidade dada pelo CPC/15 aos provimentos listados no art. 927 não é a de informar quais são os precedentes formalmente vinculantes. Em verdade, para garantir uma uniformização estável, íntegra e coerente da jurisprudência (art. 926), nota-se a partir de outros trechos do Código que todos os itens listados no art. 927 são voltados ora para permitir a utilização da reclamação, ora para permitir, de forma a promover a aplicação do conteúdo do provimento, decisões imediatas (na improcedência liminar do pedido, em decisões monocráticas pelo relator do recurso e em tutelas provisórias de evidência).

Logo, os provimentos do art. 927 tão somente se diferenciam dos demais provimentos judiciais por gozarem de uma proteção formal nesses institutos processuais espalhados pelo Código. Conquanto realmente exista vinculação a precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, nem todos os precedentes gozam dessa aptidão de provocar reclamação ou medida promocional da aplicação de seu conteúdo.

Não obstante, isso não retira a necessidade de que eles sejam observados – no sentido de que devem ser considerados pelo julgamento posterior cujos fatos sejam, ao menos alegadamente, similares. Todos os precedentes devem ser considerados em sua relevância, pois gozam de uma proteção geral dada pelo dever de fundamentação das decisões judiciais de que dispõe o art. 489, §1º, VI, do CPC/15.

Se os fundamentos do precedente estiverem coerentes com o sistema constitucional e legal, e se adequarem ao caso *sub judice*, tanto porque os fatos possuem similaridade relevante, como porque os fundamentos utilizados não foram superados, então o aplicador está vinculado àquela *ratio decidendi*, na medida em que não pode deixar de aplicá-lo sem indicar motivo determinante para sua escolha hermenêutica.

Essa necessidade de observação do precedente se dá para minimizar a atuação discricionária por parte dos julgadores, trazendo novas balizas à sua interpretação na medida em que temperar sua interpretação com entendimento anterior do Judiciário, se existente. Nesse diapasão, Peter Panutto (2017, p. 206) anota que, via de regra, cada juiz se vê com autonomia para julgar seu caso de acordo com a sua interpretação da lei, não se sentindo parte de um sistema na perspectiva de uniformização da atuação jurisdicional.

De fato, a independência judicial não pode ser visualizada como ausência de unidade do Judiciário. No entanto, a independência judicial não pode ser minada a ponto de ocasionar uma vinculação cega ao conteúdo do precedente, como se pretende demonstrar a seguir. O que importa ressaltar no presente tópico é que a proteção processual formal, por escolha legislativa, que reveste os provimentos judiciais do art. 927 não faz com que apenas eles sejam considerados precedentes, mas tão somente os reveste de uma característica ímpar face aos demais.

3.2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES A PARTIR DE CORTES DE VÉRTICE

Como exposto anteriormente, alguns autores, a exemplo do supracitado Daniel Mitidiero, propõem que os precedentes são produzidos tão somente pelas Cortes de Vértice, as quais são responsáveis por dar a última palavra sobre o Direito em nível constitucional (STF) e da legislação federal (STJ).

Assim, afirma Mitidiero (2017, p. 83) que “os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios”. Para ele, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderiam formar precedentes na

medida em que “a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta” (2017, p. 85).

A lógica é a seguinte: se pelo atual cenário da teoria da interpretação, que leva em consideração a indeterminação da linguagem, o Direito não é apenas revelado pelo juiz, mas é por ele outorgado, conclui-se que aqueles que estão no topo da hierarquia do Judiciário dizem por último o que é o Direito e lhe conferem unidade, de modo que as decisões seguintes devem ser conforme o precedente por eles emanado.

Daniel Mitidiero chega a propor, inclusive, uma reconstrução do sistema judiciário. Sua proposta é de que determinadas cortes cuidem apenas de formar precedentes, enquanto outras sejam voltadas à prolação de decisões justas para os casos concretos, bipartindo-se o sistema em Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça (2017, p. 76).

Nesse cenário, as Cortes de Justiça pautariam suas decisões a partir da outorga de sentido dada pelas Cortes de Precedentes ao texto normativo. Essas Cortes interpretariam o Direito, enquanto aquelas aplicariam o Direito de forma quase que subsuntiva.

Tal conclusão faz com que muitos doutrinadores questionem se não haveria um retorno aos pressupostos do positivismo exegético porquanto aos demais juízes – que não pertencentes às Cortes de Vértice – restaria tão somente a aplicação silogística do precedente. Paradoxalmente, em nome da segurança jurídica e da aplicação uniforme do Direito, a superação do juiz-boca-da-lei culminaria na cisão entre interpretação e aplicação e, conseqüentemente, formaria juízes-boca-dos-precedentes.

No entanto, de fato não é isso que afirmam os defensores de um sistema de precedentes a partir de Cortes de Vértice. Até porque “precedentes são textos e, tal qual a lei, precisarão ser interpretados dentro de sua facticidade [...]. Ao que parece a crítica é dirigida a uma forma errônea de aplicação dos precedentes” (PEIXOTO, 2017, p. 109).

Assim, os juízes e desembargadores permaneceriam com possibilidade de interpretar, de maneira que não seriam meros aplicadores dos precedentes. Estariam, portanto, vinculados às escolhas hermenêuticas empreendidas pelo Tribunal de Vértice, mas interpretariam o texto da decisão que gerou o precedente, bem como teriam de demonstrar que o caso em análise se ajusta aos fundamentos daquela decisão.

Contudo, o maior problema não reside nesse ponto, pois é evidente que não há como eliminar interpretações. Em verdade, a maior disfunção da tese de precedentes produzidos única e exclusivamente pelas Cortes de Vértice reside em adotar-se um critério meramente formal: precedente só o é em razão da autoridade do qual emana.

Depreende-se dessa tese que a autoridade do precedente supera o seu conteúdo. Discordamos do entendimento de Ravi Peixoto (2017, p. 112), para quem “a qualidade da argumentação, de fato, é um elemento a ser considerado na teoria dos precedentes. Mas não parece adequado defender que o precedente depende inexoravelmente de seu conteúdo para ter força obrigatória”. Também discordamos da visão de Daniel Mitidiero (2017, p. 105), o qual, valendo-se de conceitos utilizados por Frederick Schauer, afirma que “a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”.

É justamente essa a grande questão pela qual a tese de que precedentes emanam exclusivamente das Cortes Superiores é inconstitucional. O único requisito para que precedente o seja não pode ser a autoridade prolatora da decisão. Não se pode ignorar que essas Cortes também erram e podem dar causa a precedentes cujo conteúdo é ilegal ou inconstitucional. Não só o conteúdo do precedente não é um dado secundário, mas, principalmente, a obrigatoriedade de seguir irrefletidamente o conteúdo do precedente não pode decorrer da autoridade que o emana.

Diria Peixoto (2017, p. 113) que essa crítica é dirigida a uma deturpação do sistema de precedentes. Deveras, não se pode afirmar a inconstitucionalidade de um sistema de precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro com base exclusivamente em uma aberração desse sistema. Todavia, não se pode ignorar as drásticas

consequências de instituir uma vinculação cega ao precedente, desconsiderando-se completamente que seu conteúdo é ilegal ou inconstitucional.

Em nome da segurança jurídica e da aplicação isonômica do Ordenamento se estaria não só permitindo, mas obrigando magistrados a aplicar decisões que contrariam diretamente o texto constitucional. Seria a ruína da pirâmide de Kelsen: precedentes estariam acima da Constituição. Por conseguinte, a conclusão realmente não é a de que qualquer sistema de precedentes é inconstitucional no Ordenamento Brasileiro. Mas aquele pautado exclusivamente na autoridade que o origina, em detrimento da constitucionalidade de seu conteúdo, claramente é inconstitucional.

Por essa razão, não há como concordar com Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, p. 105) quando aduzem que

“[...] a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao Direito, estão **obrigados** perante o precedente”. (Grifos nossos)

Ademais, Mitidiero (2017, p. 86) acrescenta que a recusa à aplicação do precedente é a recusa à vinculação ao Direito. Portanto, se para esses autores os precedentes decorrem da autoridade de quem interpreta o Direito; se, para eles, apenas as Cortes Supremas devem interpretar; se, após a interpretação dada pelas Cortes Supremas os juízes e demais tribunais estão obrigados a seguir o precedente; então o conteúdo do precedente não deve ser considerado para esse fim, e os aplicadores devem aplicar o aplicar o precedente ainda que inconstitucional. Logo, essa tese não merece prosperar em face de sua inconstitucionalidade patente.

Ainda assim, isso não significa que não há espaço para a instituição de um sistema de precedentes no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Afinal, a evolução da teoria da interpretação e a relevância que o Ordenamento Brasileiro deu aos provimentos judiciais certamente levam a concluir que os precedentes judiciais devem ser observados. Contudo, em razão de sua cultura jurídica advir do *Civil Law*, erros na aplicação dos precedentes no Brasil ainda persistem.

3.2.1 Violação à separação de poderes: das diferenças entre lei e precedentes judiciais

Destaca-se dentre os argumentos contrários a vinculatividade dos precedentes judiciais a afirmação de que um sistema que atribua força normativa às decisões judiciais importaria na violação à separação dos poderes, vez que invariavelmente acarretaria no exercício de atividade legislativa pelo Judiciário.

Essa conclusão advém do caráter geral dado às normas resultantes do precedente judicial. Esse caráter resulta da possibilidade de universalização das razões necessárias e suficientes invocadas no precedente para todos os casos cujos fatos concretos são análogos àquele em que foram proferidas.

Todavia, a eficácia geral do precedente não é elemento suficiente para igualá-lo à atividade legislativa. Dessa maneira, é possível concluir como Cláudio Penedo Madureira (2017, p. 203) que não há violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes porquanto precedentes são normas gerais e concretas, enquanto que as leis se caracterizam por serem normas gerais e abstratas.

É a consideração do caso concreto, exigida, inclusive, pelo Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação do precedente, que diferencia a atividade jurisdicional da atividade legislativa. Logo, “apenas a admissão de que os julgadores poderiam estabelecer normas gerais e abstratas feriria esses princípios constitucionais” (MADUREIRA, 2017, p. 203).

Um sistema constitucional de precedentes vinculantes não pode ignorar que esse instituto só existe dentro de um plano de facticidade. Embora seja dado foco ao ganho hermenêutico que advém do precedente, não se pode esquecer que, como decisão jurisdicional, é uma resposta institucional dada a um caso historicamente concreto. Esse caso em que o precedente foi proferido será o padrão casuístico utilizado para sua futura aplicação analógica concreta.

Logo, os casos concretos originadores do precedente devem ser sempre evidenciados quando de sua aplicação. Esconder ou ignorar qual a situação fática que permitiu aquela escolha hermenêutica é possivelmente o maior erro de aplicação dos precedentes, porquanto retiraria seu caráter concreto e o equipararia à norma legislativa. Precedente é norma, mas também é fato concreto.

Destarte, imprescindível alertar que se ignora o caso concreto – e, portanto, aplica-se o precedente como se lei fosse – quando se toma súmulas, teses fixadas em recursos repetitivos ou de repercussão geral e ementas por precedentes, aplicando-os por silogismo. Quando se encara uma súmula ou uma tese superficialmente, tem-se uma proposição normativa geral e abstrata semelhante ao texto legislativo. Contudo, uma vez assentado que precedentes são normas gerais e concretas, a aplicação daqueles institutos não pode prescindir de um aprofundamento dos casos que lhes deram origem.

Caso contrário, se estaria diante de institutos inconstitucionais por violação à separação de poderes, tal qual se concluiu em Portugal quando do exame da constitucionalidade dos assentos. Por esse instituto, a Corte interpretaria o Ordenamento Jurídico e fixaria, mediante um enunciado, o entendimento que deveria ser seguido pelos juízes posteriores. Assim, correta a observação de Lênio Streck (2021, p. 151), quando conclui que embora fossem originados dos acórdãos, os assentos não eram em si o próprio acórdão, mas proposições normativas de estrutura geral e abstrata que se autonomizavam, formal e normativamente desses acórdãos.

A partir de conclusão semelhante, o Tribunal Constitucional Português visualizou incompatibilidade dos assentos com a separação de poderes e declarou a inconstitucionalidade dos institutos. Por sua abstração, os assentos não se confundiriam com os precedentes, os quais tem de ser, repetindo-se à exaustão, concretos.

Pela mesma razão, é incompatível com a separação de poderes a aplicação de ementas, súmulas e teses como se leis o fossem, desvinculando esses institutos dos casos concretos. Para STRECK (2021, p. 149), “[...] fica muito claro que o (suposto)

‘precedente’ brasileiro está mais próximo do velho (e inconstitucional) instituto dos assentos brasileiros do que do *stare decisis* legítimo”.

Em verdade, a crítica do autor se dirige à aplicação equivocada dos precedentes, confundindo-os com normas legislativas aplicáveis por silogismo. Essa diferença entre a norma jurisdicional e a norma legislativa é apontada por ZANETI JR. e PEREIRA (2016, p. 374-375) quando aduzem que

a reconstrução da norma - geral e concreta - é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1.º do CPC/2015). Não é a intenção de um modelo de precedente proliferar o número de normas no ordenamento jurídico, pois não se quer introduzir no sistema normas gerais e abstratas equivalentes à lei, mas o que se busca é, por uma questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto: **é a vinculação aos *material facts* do caso que torna a norma-precedente geral e concreta e não geral e abstrata.** (Grifo nosso)

Ainda, questiona-se se é o próprio Tribunal que proferiu a decisão quem apontará a *ratio decidendi* de seu julgado, pelo que nem mesmo esses enunciados a veicularia, de forma certa e definitiva. Nessa perspectiva, Lopes Filho (2020, p. 115) aponta que “o aperfeiçoamento do precedente ocorre pelas cortes posteriores. Não fosse assim, ter-se-ia o tribunal, realmente, como legislador”.

Nada obstante, tanto as ementas, quanto as súmulas e as teses são instrumentos que contribuem para acesso rápido e em termos gerais do entendimento das Cortes acerca de determinado tema, mas eles não podem ser aplicados sem menção aos fatos sem que haja nulidade por ausência de fundamentação (art. 489, §1º, V do CPC). O precedente, se corretamente aplicado, será sempre do concreto (caso) para o concreto (caso), nunca do geral e abstrato (tese) para o particular e concreto (caso).

Desse modo, verifica-se que, embora seja possível uma aplicação inconstitucional dos precedentes judiciais quando do equívoco de se ignorar ou mascarar o caso concreto, o sistema de precedentes não é *per se* inconstitucional, razão pela qual se pretende explicitar uma forma constitucional de se enxergar os precedentes.

4 PROPOSTA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1 EVIDENCIAÇÃO DOS CASOS CONCRETOS QUE LEVARAM À FORMAÇÃO DO PRECEDENTE: DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*) E SUPERAÇÃO (*OVERRULING*)

Por tudo quanto dito até aqui, a evidenciação dos casos concretos é um ponto-chave para um sistema constitucional de precedentes. Nesse cenário, andou bem o Código de Processo Civil ao exigir, no art. 489, §1º, V, a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos do precedente invocado para se considerar fundamentada a decisão.

Não há como se aplicar um precedente desconsiderando os fatos que levaram a sua formação. O caso concreto é elemento fundamental do precedente, sem o qual não há como realizar sua aplicação analógica no caso futuro e, conseqüentemente, não haveria precedente.

Em um sistema constitucional de precedentes, sua aplicação, ainda que tenha início em institutos veiculadores de precedentes como as ementas, súmulas e teses, não pode prescindir de análise meticulosa das circunstâncias fáticas em que a *ratio decidendi* se baseou. Um precedente não se aplica, tal qual a lei, mediante subsunção. Em verdade, é sempre necessária a realização de cotejo entre o caso *sub judice* e o caso paradigma, sob pena de aplicação de precedentes como se lei o fosse, o que configuraria inconstitucionalidade por ofensa à separação de poderes.

Nesse mesmo sentido, o Código foi além e abarcou dois importantes institutos relacionados à aplicação dos precedentes judiciais: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*). Isso porque o inciso VI, do §1º do art. 489 dispõe que também não serão consideradas fundamentadas as decisões que deixarem de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção entre o precedente e o caso em julgamento, ou a superação do entendimento.

Nota-se que não só para aplicar, como para deixar de aplicar um precedente (ou outros institutos que os veiculem) os fatos devem estar bem evidentes. A distinção,

nesse contexto, se caracteriza por ser método de comparação entre os elementos objetivos da demanda em julgamento e aqueles elementos caracterizadores da demanda em que o precedente foi gerado. Na lição de Cruz e Tucci (2004, p. 142), o *distinguishing* é método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

É claro que raramente os casos comparados possuirão identidade fática absoluta, razão pela qual a *ratio decidendi* do precedente ainda poderá ser aplicada se houverem peculiaridades de menor importância. Assim, caso o magistrado note diferenças fáticas entre o caso em julgamento e o paradigma, poderá extrair as seguintes conclusões: 1) a aplicação do precedente deve ser afastada porquanto a distinção entre os fatos impede a aplicação da mesma tese jurídica utilizada para decidir o caso anterior; 2) a *ratio decidendi* do precedente pode ser aplicada pois, não obstante suas peculiaridades, o caso em análise se ajusta àqueles fundamentos.

Portanto, inexistindo similitude fática ou, havendo uma certa semelhança, também há uma particularidade importante em um dos casos, o magistrado deverá invocar o instituto da distinção para afastar o precedente. Consequência disso, o aplicador do Direito terá – como não pode deixar de fazer – observado o precedente, em que pese tenha sido para afastá-lo.

O outro importante instituto previsto pelo inciso VI, do §1º do art. 489 do CPC é a superação, que é instituto aplicado quando “o precedente é corretamente identificado e a princípio deveria ser aplicado, mas existem relevantes razões que recomendam a sua superação” (MITIDIÉRO, 2017, p. 102).

O *overruling* de precedentes tem relação com o desenvolvimento do Direito, evitando seu engessamento em razão da vinculatividade do precedente. Pretende-se evitar, com seu uso, a aplicação de um precedente que não encontra coerência sistêmica e social, mormente em razão de sua defasagem.

Sobre o tema, merecem destaques os apontamentos de Georges Abboud (2021, p. 08) quando afirma que

A superação, no caso concreto, dar-se-ia em razão de um argumento novo, nunca sequer debatido na ocasião da formação do provimento vinculante. Frise-se, não se trata de decisão desrespeitadora de provimento vinculante. Trata-se de medida imprescindível para evitar o engessamento jurisprudencial brasileiro e possibilitar, assim, a ressignificação de entendimento em razão da historicidade.

Ademais, importante ressaltar que a competência para a superação do precedente é exclusivamente da Corte emissora, vez que encerra abandono de entendimento anterior em razão de alteração profunda nos elementos que foram levados em conta quando proferida a primeira decisão.

Essa afirmação também é feita por Mitidiero (2017, p. 104) quando afirma que somente a Corte responsável pela formação do precedente pode afastá-lo legitimamente. Contudo, o autor chega a uma conclusão rechaçada por esse trabalho quando afirma que “as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um precedente apenas porque não concordam com a solução nele formulada, isto é, com seu conteúdo” (MITIDIERO, 2017, p. 104).

Se por um lado concordamos que o *overruling* é de competência exclusiva da Corte emissora do precedente, por outro não podemos concordar que juízes e desembargadores tenham de aplicar precedentes independentemente da análise de seu conteúdo. Como dito anteriormente, a tese de que precedentes partem unicamente das Cortes de Vértice e são aplicados tão somente em razão da autoridade que emana, independentemente da constitucionalidade e legalidade de seu conteúdo, é inconstitucional porquanto cada juiz é também um guardião do Ordenamento Jurídico e não pode ser obrigado a seguir entendimento que, de forma patológica, vai de encontro com ele.

Assim como cada magistrado não só pode, como deve afastar a aplicação de leis inconstitucionais por intermédio do controle difuso, não faz sentido que, em suposta homenagem à segurança jurídica e à isonomia, se conclua pela possibilidade de aplicação de precedentes independentemente da constitucionalidade de seu conteúdo.

Em vista disso, é necessário pensar em um terceiro instituto que permita esse afastamento do precedente ilegal ou inconstitucional por uma corte diversa da emissora. Afinal, nem a distinção e nem a superação se prestariam a essa função, pois não se trataria de apontar ausência de similitude fática entre os casos, bem como não seria algo que partiria do órgão emissor do precedente.

4.2 MAIS QUE SUPERAÇÃO OU DISTINÇÃO: POSSIBILIDADE DE DESAFIAR (REVISAR) PRECEDENTES INCONSTITUCIONAIS OU ILEGAIS

É inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, a aplicação de fundamentos inconstitucionais ou ilegais em uma decisão judicial. Por essa razão, precedentes com essas características devem poder ser afastados quando identificados pelo julgador, sob pena de inconstitucionalidade do sistema de precedentes por ausência de coerência sistêmica.

Nesse sentido, propõe-se que, para se garantir a constitucionalidade de um sistema de precedentes, seja possibilitado aos juízes desafiar precedentes, ainda que emanados de Cortes hierarquicamente superiores. Verdadeiramente, “a resistência mesmo de instâncias inferiores a seguir entendimento de julgamento superior não deve ser encarada simplesmente como uma insubordinação a ser reprimida, inclusive com medidas administrativas” (LOPES FILHO, 2020, p. 475).

Juraci Mourão Lopes Filho propõe a ideia de desafio ao precedente quando, assim como nós, observa que além das hipóteses clássicas de afastamento do precedente (*distinguishing* e *overruling*), tem de existir um terceiro instrumento que possibilite a qualquer juiz ou tribunal afastar o precedente “[...] desde que apresente fundamentação específica de como o paradigma assentado fere a integridade do Direito no caso concreto” (LOPES FILHO, p. 337).

Em que pese o autor utilize o termo “desafio ao precedente”, não é instituto de nomenclatura consolidada, razão pela qual é possível que futuramente se dê outro nome a instituto de mesma função: revisar precedentes que estejam em dissonância com o Ordenamento Jurídico.

Pelo instituto do desafio, qualquer juiz ou tribunal consegue afastar o precedente indicando os erros do julgamento originário, defasagem das razões utilizadas ou a impertinência de sua aplicação no caso concreto, em que pese haja similitude fática na comparação analógica dos casos.

Presentes esses três institutos – distinção, superação e desafio –, é possível concluir pela constitucionalidade de um sistema de precedentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, desde que, como indicado anteriormente, os casos concretos sejam evidenciados e a aplicação do precedente se dê por cotejo, não por mera subsunção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O hodierno paradigma hermenêutico destaca a diferenciação entre texto (enunciado normativo) e norma jurídica, em razão da dupla indeterminação da linguagem e da textura aberta dos diplomas normativos. Consequência disso, não há como falar em uma predeterminação do Direito, mas sim em uma determinação concreta da norma jurídica que se dá mediante efetiva e fundamentada escolha dentre as possibilidades interpretativas.

Nesse cenário, os princípios da isonomia e da segurança jurídica exigem a existência de balizas com função de impedir tanto que o leque de opções interpretativas seja extremamente amplo (o que permitiria uma desenfreada criatividade judicial), quanto que para casos iguais sejam dadas soluções jurídicas distintas.

Para tanto, ganha força, inclusive no Ordenamento Jurídico brasileiro, a utilização do instituto do precedente judicial como maneira de contribuir para que as escolhas hermenêuticas empreendidas não partam sempre de um grau zero de sentido, mas que levem em conta decisões anteriores invocadas pelo magistrado ou pelas partes.

O conceito de precedente, nesta senda, deve ter em vista o enriquecimento do sistema jurídico e o ganho hermenêutico gerado pela decisão judicial, seja pela obtenção de um novo sentido ao texto legal/constitucional/regulamentar, seja pela escolha por um sentido específico a ser dado ao texto, ou, ainda, por conferir um sentido não abarcado, em um primeiro momento, pelo texto. O precedente, portanto, é resultado de uma interpretação operativa realizada sobre o texto legal, reconstruindo o sentido normativo à luz do caso concreto e dando causa a um ganho hermenêutico.

A partir desse conceito, tem-se que qualquer decisão judicial pode ser um precedente e deve ser considerado quando invocado para solucionar um caso concreto posterior. Dessa maneira, teorias de que apenas determinadas cortes produzem precedentes, os quais devem ser seguidos por serem emanados de cortes hierarquicamente superiores, independentemente de seu conteúdo, são evitadas de inconstitucionalidade, na medida em que não se pode compelir um magistrado – guardião do sistema jurídico tanto quanto qualquer Corte – a aplicar um precedente

de conteúdo inconstitucional tão somente porque emanado de autoridade superior na pirâmide do Judiciário.

Outrossim, em que pese os provimentos judiciais tenham ganhado força nos diplomas processuais brasileiros, culminando no reconhecimento do dever de observação de seu conteúdo pelo CPC/15, não depende de reconhecimento legal a força normativa dos precedentes. Em verdade, os diplomas apenas traduzem a evolução da teoria hermenêutica e a força que os provimentos judiciais passaram a ter como consequência disso.

Inclusive, o art. 927 do CPC/15 não importa em reconhecimento de vinculatividade dos precedentes judiciais, assim como não encerra um rol taxativo de provimentos judiciais vinculantes. Esse artigo, com efeito, aduz provimentos judiciais capazes de veicular precedentes para os quais, além do dever geral de fundamentação e observação aplicáveis a todos os precedentes, o próprio Código atribui capacidade de dar causa a institutos como a Reclamação e outras medidas promocionais indiretas de seu conteúdo espalhadas pelo diploma.

Outra conclusão que se extrai do presente estudo é que o sistema que reconhece força normativa aos precedentes não importa, automaticamente, em violação à separação de poderes. Todavia, há que se reconhecer que uma aplicação patológica dos precedentes, ignorando ou mascarando os casos concretos em que ele foi formado, ou ainda, aplicando os precedentes e os provimentos judiciais veiculadores de precedentes por subsunção, como se norma legislativa fosse, é inconstitucional por ferir a separação de poderes.

Isso porque o precedente judicial, além de norma jurídica, é também o fato concreto sobre o qual foi proferida a decisão. Por essa razão, a aplicação de súmulas, teses fixadas em recursos repetitivos ou de repercussão geral e ementas, quando feitas por silogismo, é inconstitucional por equiparar a decisão legislativo e ferir a separação de poderes. Embora os casos concretos não estejam, em um primeiro, aparentes nesses institutos, sua aplicação constitucional exige que se perquiram os precedentes que lhe originaram e a subsequente comparação entre os casos concretos (do precedente e do caso *sub judice*).

Por fim, a constitucionalidade de um sistema de precedentes requer a existência de três institutos: a distinção, a superação e o desafio. O primeiro, impõe que a aplicação do precedente exige a comparação entre os casos concretos, de forma que, sendo diferente o caso *sub judice* do caso que embasou o precedente, esse precedente deverá ser afastado se seus fundamentos não se adequarem ao novo caso. Pelo segundo, de competência exclusiva da Corte que emanou o precedente, para evitar o engessamento jurisprudencial, há o abandono de entendimento anterior em razão de alteração profunda nos elementos que foram levados em conta quando proferida a primeira decisão.

Nada obstante a existência desses dois institutos clássicos, o presente trabalho destaca a necessidade de um terceiro instituto cuja função extrapola as possibilidades dos institutos anteriores. Trata-se do desafio ao precedente, caracterizado por encerrar a não aplicação do precedente, ainda que os casos concretos sejam análogos, que não se dá pela Corte que emanou o precedente, mas sim por outro magistrado que entende que o precedente fere a integridade do Ordenamento, ao padecer de vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade em seu conteúdo.

É, portanto, constitucional o sistema de precedentes judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro desde que observados estes requisitos: 1) a possibilidade de qualquer decisão judicial veicular precedentes; 2) evidenciação dos casos concretos na aplicação do precedente; 3) a imprescindibilidade de análise do conteúdo do precedente quando de sua aplicação; 4) a possibilidade de aplicação da distinção, da superação e do desafio ao precedente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. As Técnicas de Padronização das decisões judiciais e a vinculação dos juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 46, vol. 314, p. 301-313, abr. 2021.

BENTHAM, Jeremy. ***An Introduction to the Principles of Morals and Legislation***. Kitchener: Batoche Books, 2000. Disponível em: <<https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/bentham/morals.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BLACKSTONE, William. ***Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol. 1***. Indianapolis: The Online Library of Liberty, 2011. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 1608, de 18 de setembro de 1939. **Institui o Código de Processo Civil de 1939**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil de 1973**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>.

_____. Lei nº 9.756, de 17 de setembro de 1998. **Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9756.htm>.

_____. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. **Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao**

reexame necessário. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10352.htm>.

_____. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. **Acréscimo o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11277.htm>.

_____. Lei nº 12.322, de setembro de 2010. **Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão civil que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de 1973 – Código de Processo Civil.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm>.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil de 2015.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** Oxford: *Oxford University Press*, 1961.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 191-210, jul./set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.18, n. 02, p. 205-226, maio / ago. 2017.

PEDRA, Anderson Sant Ana. O Tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa *strictu sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 221-256, jan. / jun. 2012.

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. **Civil Procedure Review**, v. 08, n. 02, p. 93-133, maio / ago. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, p. 371-388, jul. 2016.

_____. Interpretação Operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lênio Streck. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 17, n. 25, p. 29-43, jan. / jun. 2019.