

# O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais

*The new CPC and the systematic from precedents: for a critical account of the procedural reforms*

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia\*  
Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto-MG, Brasil e  
IBMEC, Belo Horizonte-MG, Brasil

Diogo Bacha e Silva\*  
Faculdade de São Lourenço, São Lourenço-MG, Brasil

## 1. Introdução

Com a promulgação do Ato nº 379 do ano de 2009 da Presidência do Senado Federal que constituiu uma comissão de juristas encarregada de elaborar um Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, a academia, principalmente destinada ao estudo do Processo Civil, criou grande expectativa em torno da obra legislativa. Novos e velhos temas tomaram a pauta das discussões jurídicas e políticas em seminários, congressos e na deliberação política dos órgãos legislativos. A apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 deu início ao debate que durou mais de quatro anos nas instâncias políticas até ser transformado na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – com período de *vacatio* de um ano.

A preocupação central que motivou a confecção de um novo Código de Processo Civil é a já envelhecida discussão acerca da morosidade judicial<sup>1</sup>.

---

\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Advogado. E-mail: alexprocesso@gmail.com.

\* Mestre em Constitucionalismo e Democracia, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, Advogado, Membro do IHJ. E-mail: diogobacha@ig.com.br.

1 Como destaca Boaventura de Sousa Santos, “a morosidade judicial tem uma história longa e famosa, acompanhada de um não menos longo e famoso histórico de tentativas de resolução do problema” (SANTOS, 2011, p. 41).

A morosidade judicial tem como causa aquilo que Habermas denomina de juridificação do mundo da vida proveniente do Estado Social<sup>2</sup>, ou seja, o direito é visto como meio necessário para a implementação das garantias de liberdade, positivas e negativas. Tal estado de coisas traz uma sobrecarga aos Tribunais<sup>3</sup>. O fenômeno do agigantamento (tanto em quantidade quanto em importância institucional e política) do Judiciário não é apenas brasileiro. Aliás, o Brasil demorou para se inserir em tal processo, que tem como marco principal a reconstrução da Europa do segundo pós-guerra<sup>4</sup>.

O crescimento das funções do Estado (com o *Welfare State*) trouxe o aumento das “promessas de bem-estar” traduzidas em “novos direitos”<sup>5</sup>, sociais, econômicos e culturais, o que, por consequência, aumentou as expectativas e, pois, o nível de exigências dos cidadãos para com o Estado. As Constituições que surgiram no período refletem esse diagnóstico, ao passarem a abarcar um leque cada vez maior de temas para além dos chamados direitos “negativos”<sup>6</sup>. Não apenas são previstos novos direitos, mas também meios de acesso a tais direitos, notadamente a ampliação do acesso à justiça e, com isso, dada a dificuldade crescente dos Estados, principalmente a partir do final do século passado, em fornecer tudo o que eles mesmos “prometeram”, projeta-se no Judiciário a satisfação daquelas expectativas.

Some-se a tal quadro a diversificação das formas de demanda face àqueles direitos e a novíssimos direitos (chamados de difusos): ao lado das demandas individuais, cresce a procura por demandas coletivas (abrangendo direitos coletivos e difusos), o que determina uma forma específica do Judiciário lidar; mais recentemente, tem-se visto uma outra forma de demanda, classificada como “serial”, “repetitiva” ou “de atacado” (para diferenciá-la

---

2 HABERMAS, 2010b, p. 321.

3 No mesmo sentido de Habermas, Mauro Cappelletti leciona que a consequência inevitável de um Estado Assistencial é o crescimento dos poderes legislativo e executivo, donde há uma situação “[...] onde os legisladores e administradores públicos estão, do mesmo modo, atarefados em prescrever regras e programas de conduta, nos campos sempre mais largos da nossa vida, o que nos leva a pensar que, no meio desta selva invasora de códigos, leis e regulamentos, bem pouco espaço resta para uma criação jurisprudencial do Direito. Mas a verdade, segundo o quanto é reconhecido pelos observadores do nosso e doutros países, é diametralmente oposta” (CAPPELLETTI, 2008. p. 8).

4 Por aqui, tal fenômeno apenas se dá a partir da Constituição de 1988. Aí se pode falar em uma “constitucionalização do direito” e em “judicialização da política/politização do judiciário”, etc. Sobre o aumento de demandas do Judiciário daí decorrente ver: BAHIA et. al., 2015.

5 “Novos direitos” ou, na verdade, uma releitura dos direitos individuais numa perspectiva materializante. Sobre isso: BAHIA; NUNES, 2009.

6 Cf. *Ibid.*

das primeiras mencionadas, de “varejo”, para as quais os grandes e tradicionais institutos de processo foram pensados)<sup>7</sup> ou “de interesse público” (nesse caso, aquelas que envolvem a prestação de serviços ou prestações públicas por parte do Estado ou de concessionários de serviço público)<sup>8</sup>. As demandas repetitivas são o grande desafio para o novo CPC – desafio que o Código tentará enfrentar em vários dispositivos – uma vez que não bastam os mecanismos tradicionais de litigância de varejo e nem os da coletiva para lidar com este tipo de litigiosidade. Há que se pensar em novas formas e novos formatos, com o desafio de que tais estejam em conformidade com a grandeza das garantias e direitos da Constituição de 1988.

As iniciativas para o combate à morosidade processual passam pela criação de mecanismos “multi portas”, que deem ao cidadão a oportunidade (não previamente imposta) de escolha<sup>9</sup> entre mecanismos judiciais mais complexos ou mais simples (a criação de tribunais especiais para a litigância em massa, a criação de procedimentos expeditos para determinadas causas, a utilização de novas tecnologias de comunicação e informação) e ainda de mecanismos fora do Estado (meios *alternativos* para a resolução dos conflitos), dentre outras<sup>10</sup>.

No sistema jurídico processual brasileiro tais meios de combate são facilmente constatáveis com a sequência de promulgação de leis. Em primeiro lugar, a primeira onda de reforma processual buscou implementar procedimentos processuais adequados a tutelar a celeridade processual. Tratou-se da Lei nº 8.952/94 que, dentre as principais inovações, criou o

---

7 Cf. THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010; NUNES, 2011; NUNES, 2010a; NUNES, 2010b; BAHIA, 2012b, pp. 15-37; NUNES; BAHIA, 2010, pp. 159-180

8 A Litigância de Interesse Público, como tem se desenvolvido nos últimos anos nos EUA, marca um afastamento significativo do padrão processual tradicional, especialmente pela transição de um modelo protagonista de aplicação do direito para um modelo participativo. A “Public Interest Litigation” não foi um fenômeno súbito nem linear. Seu desenvolvimento pode ser descrito através de diferentes teorias que buscam traçar o papel da jurisdição. Os anos 80 foram o marco do seu crescimento e, desde então, várias pesquisas vêm sendo feitas para mapear as demandas e as formas como as mesmas são (ou não) atendidas por advogados particulares e o Poder Público. Renata Gomes mostra que a história e o desenvolvimento do sistema de litigância de interesse público norte-americano podem ser descritos cronologicamente através de seis modelos proeminentes: (i) o primeiro modelo é o de Fuller, denominado “tradicional”, com as características liberais; (ii) o modelo de Chayes de “direito de interesse público”; (iii) o modelo denominado “processo de consulta”, de Eisenberg; (iv) o modelo conhecido como “gerencial”, de Resnik e Horowitz; (v) o modelo “transacional” de Rubenstein e Mullenix; e, por último, (vi) o modelo experimentalista de Sabel e Simon (GOMES, 2012).

9 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013.

10 Para um panorama geral, ver SANTOS, 2011, pp. 41 e ss.

instituto da tutela antecipada como forma de garantir a satisfação do direito afirmado pela parte<sup>11</sup>, inspirada nos *provvedimenti d'urgenza* do Código de Processo Italiano e a tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer. Inúmeros outros atos legislativos visaram dar feições novas a institutos do processo civil: a Lei nº 8.950/94, que deu uma nova sistemática aos recursos tal como embargos infringentes, apelação, agravo e os recursos para os Tribunais Superiores; a Lei nº 8.898/04 que buscou inovar na liquidação de sentença com a extinção do cálculo pelo contador; e também a Lei nº 9.079/95, que disciplinou a ação monitória.

Após, a edição da Lei nº 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual com a competência para julgar as causas de menor complexidade, visando buscar a desburocratização das causas de litigância de massa. Pensou-se que a criação dos Juizados Especiais desafogaria a justiça “comum”, no entanto, o que se percebeu foi um aumento da busca pelo Judiciário facilitada pelas disposições da Lei nº 9.099/95, revelando que havia uma demanda reprimida de (ou de alegações de) violações a direitos que antes não eram levadas ao Judiciário.

Se, de um lado, a criação dos Juizados possibilitou o ingresso daqueles para os quais a “Justiça” era algo intangível e distante – o que contribuiu para a desmistificação da mesma e, quiçá, para uma formação cidadã daqueles –, por outro lado, a massificação dos processos em procedimentos “desformalizados” e a insistência em “conciliações” também são objeto de preocupação sobre até que ponto o acesso ao Judiciário não se torna uma falácia, sempre que a parte, desacompanhada de representação técnica, abre mão de direitos que não compreende. Perceba-se que o problema não está em haver JEC e nem na existência de mecanismos de conciliação, mas no pressuposto de que a conciliação tem de se dar em termos de paridade de armas, de conhecimento motivado de direitos, obrigações e riscos, para que, então, se dê de forma correta.

Em 1996, através da promulgação da Lei nº 9.307, institui-se a arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos de direitos disponíveis com o nítido objetivo de desafogamento do Poder Judiciário que se viu e ainda se vê acobertado de causas. A partir daí, poder-se-ia aproveitar a existência de Câmaras de Arbitragem, portanto, extrajudiciais, sendo que a decisão dada (o laudo arbitral) tem força de sentença judicial.

---

11 BAHIA et al., 2011, p. 187.

A segunda onda reformista deu-se com a edição das Leis nº 10.352/2001, nº 10.358/2001 e nº 10.444/2002, que cuidaram, respectivamente e principalmente, do reexame necessário, das provas e da execução/efetivação da decisão jurisdicional.

A terceira onda que alterou substancialmente o modo como se via o processo de conhecimento, adotando o sincretismo processual, deu-se com a edição das Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006. Todo esse panorama de alterações legislativas tem um ponto em comum, resolver a chamada “crise do Poder Judiciário”.

É preciso, no entanto, mapear de forma sistemática o que se convencionou como crise do Poder Judiciário. Para Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, a crise pode ser dividida em crise institucional, crise estrutural e crise relativa aos procedimentos. Pela primeira, entendem-se os problemas relacionados à posição do Poder Judiciário na estrutura tripartite dos poderes<sup>12</sup>. A segunda, refere-se à falta de agilidade devido à pesada estrutura do Poder Judiciário<sup>13</sup>. O terceiro aspecto trabalhado pelos autores é quanto aos ritos processuais<sup>14</sup>.

Veja-se, pois, que as reformas processuais apenas trabalham profilaxias para as crises estruturais e quanto ao procedimento processual. E ainda assim, mesmo quando tratam da crise estrutural, há um direcionamento daquilo que se vai mexer. Acabam-se as férias forenses, alteram-se questões de funcionamento dos fóruns, há um processo de digitalização dos andamentos dos processos e, depois, de adoção mesmo de processos (ou, pelo menos, de procedimentos) eletrônicos. No entanto, pouco ou nada é tratado quanto aos “tempos mortos do processo” ou quanto à sobrecarga de tarefas administrativas e burocráticas que pesam sobre os magistrados ou, ainda, sobre a transformação de varas em órgãos que funcionem sob uma lógica racionalizadora de procedimentos internos<sup>15</sup> – todas estas questões e outras tantas questões estruturais são, há anos, objeto de estudos e propostas, em Portugal, do Observatório Permanente da Justiça<sup>16</sup>.

---

12 SADEK; ARANTES, 1994, p. 37.

13 *Ibid.*, 1994, p. 38.

14 *Ibid.*, p. 40.

15 Sobre estas questões ver: NUNES; BAHIA, 2008.

16 SANTOS *et al.*, 2006.

Por aqui faltam pesquisas e medidas concretas que enfrentem tais problemas. Isso para não falar de questões procedimentais (mas que também dizem respeito ao próprio papel institucional do Judiciário), como os prazos em dobro e em quádruplo para a Administração Pública e a “remessa necessária”.

Quanto à separação de poderes, pouco se tem feito, por exemplo, para inibir a enorme litigiosidade dos poderes públicos, que abarrotam o Judiciário com milhões de ações, normalmente como réus e normalmente discutindo medidas legislativas e/ou administrativas de duvidosa constitucionalidade.

É indubitável que a chamada crise do Poder Judiciário não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Mesmo em democracias consolidadas, como as da França, Inglaterra, Itália e Estados Unidos, criaram-se comissões para buscar soluções em relação ao descontentamento com o Poder Judiciário<sup>17</sup>.

Ademais, temos enxergado a crise como algo pernicioso e que precisa ser combatido a qualquer custo, nos olvidando por completo que:

(...) vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu motor propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade<sup>18</sup>.

Portanto, temos sempre a esperança de encontrarmos alguma solução mágica que extirpe de uma vez por todas os problemas relacionados à função jurisdicional. Acreditamos firmemente na crença no poder transformador dos textos legislativos e sumulares<sup>19</sup> e, logo, cada vez mais os estudiosos parecem depositar a esperança para a solução dos males processuais na adoção de um sistema precedentalista.

---

17 SADEK; ARANTES, 1994, p. 34.

18 CARVALHO NETTO, 2004, pp. 281-282.

19 BAHIA, 2012b.

Ora, nosso objetivo é exatamente problematizar o entendimento do que vem a ser um precedente na sistemática do Código de Processo Civil em vigor, bem como a relação com o conceito de decisões vinculantes. Ou seja, pretendemos realizar uma *epoché* sobre a adoção dos precedentes no nosso sistema jurídico processual, até que se tenha bem claro sobre o que estamos tratando e qual é o objetivo de um sistema precedentalista. Súmulas, vinculantes ou não, repercussões gerais, recursos repetitivos, efeitos vinculantes em decisões de controle concentrado de constitucionalidade são institutos com os quais nos tornamos familiares com o dia-a-dia forense e doutrinário, e o Novo CPC lhes aumenta a importância, além de criar novas figuras, como o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, todos no sentido de valorização dos julgados passados como (pretensamente) determinantes nos julgamentos presentes e futuros.

O Novo CPC não apenas lhes valoriza, mas já mostra também o amadurecimento decorrente dos anos de aprendizado a partir de sucessos e erros da forma como os “precedentes” adentraram a práxis; de forma que tenta igualmente soluções para problemas já vivenciados, se aproveitando de soluções há muito utilizadas em países de “*common law*” (de onde, afinal, vem o uso corrente dos precedentes).

## 2. As reformas visando um sistema de precedentes até o momento

Historicamente, a formulação de um sistema de precedentes no Código de Processo Civil revogado de 1973 tinha como origem o trabalho, doutrinário e jurisprudencial, do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal através da criação das súmulas jurisprudenciais<sup>20</sup>. Como presidente da comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que contava também com os Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, foi dele a ideia e a relatoria da emenda regimental que criou as súmulas no ano judiciário de 1963, cujos primeiros 300 enunciados ficaram sob a sua relatoria<sup>21</sup>.

---

20 Não descuramos do registro histórico dos assentos da época do Brasil colônia e mesmo imperial ou ainda, dos prejulgados; contudo, é com as súmulas que começa a se desenvolver um “direito jurisprudencial” no Brasil, processo acelerado pelas reformas processuais iniciadas na década de 1990. Sobre o histórico acima referido, ver: BAHIA, 2009b; e VILHENA, 1977.

21 ALMEIDA, 2006, p. 32.

Com efeito, publicados os primeiros enunciados, o próprio Victor Nunes Leal teve a oportunidade de aplicar sua criatura na atividade judicante por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 54.190. Naquela oportunidade, discutia-se a aplicação ou não do enunciado nº 303. O que importa ter presente não é a discussão de fundo, mas a afirmação do Ministro de que: “A súmula foi criada para pôr termos a dúvidas. Se ela própria puder ser objeto de interpretação laboriosa, de modo que tenhamos que interpretar, com novas dúvidas, o sentido da Súmula, então ela perderá sua razão de ser”<sup>22</sup>. O que Victor Nunes Leal salienta em sua exposição é o fato de que a súmula não tem as mesmas características de um ato normativo e uma das diferenças está, segundo ele, justamente na vedação à interpretação das súmulas, diferentemente das leis.

Em trabalho acadêmico, Victor Nunes Leal deixa expresso que a finalidade da súmula é servir de meio para facilitar e organizar a atividade judicante dos tribunais<sup>23</sup>, ou seja, para nada mais se destina o instituto processual do que a servir como uma forma de acesso e consulta para os atores jurídicos do entendimento jurisprudencial em determinadas matérias. Rapidamente, a súmula foi adotada pelo já extinto Tribunal Federal de Recursos, pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais de Alçada de São Paulo<sup>24</sup>.

O primeiro passo para o desenvolvimento de um sistema de precedentes parece ter sido dado pelo Código Buzaid de 1973 que, inspirado diretamente nas ideias de Victor Nunes Leal, normatizou as súmulas como método de trabalho, através do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC). O referido instituto processual foi normatizado com o mesmo propósito das súmulas, qual seja, facilitar o trabalho de consulta durante as sessões de julgamento<sup>25</sup>. Bem por isso, o incidente de uniformização de jurisprudência configura-se como discricionariedade do

---

22 STF, RE 54.190/CE, rel. p/ acórdão Min. Andro Lins, j. 11/05/1964, DJ 24/09/1964.

23 NUNES LEAL, 1982.

24 *Ibid.*

25 A seguinte passagem de Victor Nunes Leal é elucidativa: “Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinham discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento” (NUNES LEAL, 1982, p. 62).

órgão julgador<sup>26</sup>, suscitado por qualquer juiz ou pelas partes em julgamento de turma, câmara ou grupos de câmaras. Se, acaso, acolhido pelo voto da maioria absoluta dos membros do pleno ou órgão especial do Tribunal é que “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência” (art. 479, CPC/1973).

O precedente no sentido original indicado para as súmulas da jurisprudência não está no sentido de obrigatoriedade ou imposição das suas disposições, já que a finalidade primordial da súmula era servir de método de trabalho para os magistrados e demais atores jurídicos. Na formulação original, precedente indica sim que a súmula terá uma espécie daquilo que Dworkin denomina de força gravitacional dos precedentes, isto é:

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. [...] A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria de implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo<sup>27</sup>.

Em verdade, a força de atratividade do precedente indica que as decisões anteriores auxiliam e contribuem na formulação de novas regras e princípios de direito extraídos das decisões<sup>28</sup>. Não tem, portanto, a súmula que resulta da divergência jurisprudencial, força obrigatória definitiva para casos futuros e nem o poderia, é dizer, pretender que, uma vez feita uma súmula, se resolveriam todas as questões afetas a um determinado “tema”, é cometer os mesmos erros que a Escola da Exegese cometeu quanto à “força gravitacional” das leis.

No final da década de 90, com a reforma processual levada a efeito pelas Leis nº 9.139/95 e 9.756/98, os entendimentos acerca de precedente e súmula sofreram uma profunda modificação. É que o mencionado ato normativo atribuía poderes ao Relator dos recursos para que, monocraticamente, negasse seguimento ou, ainda, desse provimento a recurso in-

---

26 Neste sentido, SILVA, 2000, p. 476. Também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 14.755/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24/02/1997, p. 3.335.

27 DWORKIN, 2007, p. 176.

28 *Ibid.*, p. 175.

terposto quando a decisão recorrida estivesse de acordo com a súmula e jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, no primeiro caso, ou estivesse em confronto com súmula e jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 557, *caput* e §1º-A do CPC/1973; correspondente ao art. 932, IV e V do NCPC). Também, no mesmo sentido, foi o relator do agravo em Recurso Especial e Extraordinário (art. 544, §4º do CPC/73 com a redação dada pela Lei 9.756/98; sem correspondente no NCPC).

Mais do que a eficácia persuasiva, a súmula e a jurisprudência dominante – seja lá o que isso significa<sup>29</sup> – têm consequências e efeitos processuais. É inevitável mencionar que as súmulas, a partir desse momento, passaram a não ser mais meramente persuasivas, no sentido de funcionarem como argumento para a formação da convicção do julgador. Mais do que isso, as súmulas, na medida em que ganharam status de obstativas de recursos, passaram a estar na linha do ideário jurídico nacional<sup>30</sup> de que o direito poderia sofrer aplicação matemática<sup>31</sup>, sem olvidar que, como texto que é, a súmula possui também variabilidade hermenêutica<sup>32</sup>.

Em continuação das reformas processuais, a Lei nº 11.276/2006 possibilitava que o juiz *a quo* nem recebesse a apelação se a sentença estivesse em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º do CPC/1973; sem correspondente no NCPC). A intenção, sem dúvida, era fazer com que houvesse uma diminuição do número de apelações interpostas quando a causa versasse sobre questão sumulada. No entanto, não há qualquer pesquisa que indique que, em face da alteração normativa, se haja reduzido o número de

---

29 “É indeterminado o conceito de jurisprudência dominante e, para aplicá-lo adequadamente, os relatores e os tribunais devem ter a consciência de que inexistente um critério quantitativo que seja suficiente para sua especificação. Nem há qualquer critério objetivo, que possa aplicar-se sempre. Aproximadamente, tem-se como jurisprudência dominante em dado tribunal uma linha de julgamentos significativamente majoritária em seus órgãos fracionários, ainda que não pacífica; a existência de decisões contrárias, ou de votos vencidos, não retira a essas linhas vitoriosas a condição de jurisprudência dominante, embora deva ser levada em conta para a verificação sobre a realidade da prevalência da jurisprudência no sentido majoritário” (DINAMARCO, 2003, pp. 186-187).

30 É o que Lenio Streck denuncia como o horizonte de sentido da dogmática jurídica que ingressa “num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas” (STRECK, 2011, p. 107).

31 BAHIA, 2009b, p. 310.

32 *Id.*, 2012a.

recursos interpostos<sup>33</sup>. Vale dizer, se o magistrado não recebia a apelação, poderia a parte interpor agravo, conforme o art. 522, *caput* do CPC/1973 (sem correspondente no NCP, que mudou profundamente o regime dos agravos e, ademais, não prevê mais juízo de admissibilidade no órgão *a quo* em apelação – art. 1010, §3º)<sup>34</sup>.

A fissura completa do sentido original das súmulas ocorre com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 que atribui:

Efeitos vinculantes às súmulas do Supremo Tribunal Federal que tenham por objeto a interpretação, a validade e a eficácia de normas constitucionais acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública e desde que sejam aprovadas por quórum qualificado de 2/3 dos membros<sup>35</sup>.

Apontamos, pois, que as súmulas vinculantes nos levam de volta à velha Escola da Exegese, que acreditava que deduções e subsunções a partir dos textos legitimamente promulgados poderiam resolver os problemas jurídicos futuros<sup>36</sup>. A súmula com caráter de obrigatoriedade/imposição para outros órgãos do Poder Judiciário e mesmo para a Administração Pública assume a feição de um texto de natureza normativa<sup>37</sup>. Foram, assim, transformadas as súmulas em discurso de fundamentação ao invés de discurso de aplicação<sup>38</sup>. Marcelo Cattoni mesmo demonstra, através do exemplo da interpretação feita pelo TST da súmula vinculante nº 4 do STF, o erro em acreditar que súmulas vinculantes poderiam escapar da variabilidade hermenêutica<sup>39</sup>.

A Emenda Constitucional, ainda, trouxe a chamada repercussão geral da questão constitucional debatida no Recurso Extraordinário como um

---

33 O que, como dissemos, é um problema recorrente nas reformas: reforma-se sem uma pesquisa prévia; implantada a alteração não há pesquisas de acompanhamento e nem para subsidiar eventual nova alteração.

34 Em verdade, todas as alterações legislativas não advêm de um diagnóstico preciso, nem antes, nem após a reforma. O que há, em síntese, são soluções oriundas de intuições (BAHIA, 2012b, p. 28).

35 Art. 103-A da CRFB/88 regulamentado pela Lei n.º 11.417/2006.

36 BAHIA, 2012a.

37 STRECK; ABBUD, 2013, p. 57.

38 *Id.*, 2009, p. 9. Sobre a distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, ver: BACHA E SILVA, 2013, pp. 174 e ss.

39 CATTONI DE OLIVEIRA, 2009.

requisito de admissibilidade para o conhecimento do apelo extremo. O recorrente deve demonstrar que a questão versada em seu recurso é relevante economicamente, politicamente, juridicamente ou socialmente de modo que ultrapasse o interesse das partes em juízo (art. 102, §3º da CF/1988 c/c art. 1.035, NCPC)<sup>40</sup>. A regulamentação da repercussão geral pela Lei nº 11.418/2006 institucionalizou a técnica de julgamento por amostragem (art. 543-B do CPC/73). Tal dispositivo agora se encontra nos arts. 1.036 *et seq.* do NCPC, consistindo em que tribunais escolham dois ou mais recursos (RE ou REsp) representativos da controvérsia que versam sobre a mesma temática para que o STF/STJ (conforme o caso) julgue a matéria definindo qual “a solução correta” para a “tese”<sup>41</sup>. Por último, a Lei nº 11.627/2008 estendeu a referida técnica para o julgamento dos Recursos Especiais perante o Superior Tribunal de Justiça, acrescentando o art. 543-C do CPC/73 – já no NCPC, o julgamento de RE e REsp repetitivos está unificado nos citados arts. 1.036 e seguintes.

As disposições reformadoras do CPC/1973, a maior parte incorporada ao NCPC, pretenderam valorizar o precedente no sistema jurídico-processual brasileiro; não obstante, tais medidas nos levaram a um incrível distanciamento da *common law* – de onde, teoricamente, se inspiraram. Aqui, acreditamos que precedentes e súmulas servem para resolver os problemas jurídicos de excesso de demandas presentes e vindouras<sup>42</sup>. Lá, os precedentes servem como conexão entre o passado e o presente, principalmente para servir na argumentação jurídica de solução de caos – solução esta (*ratio decidendi*) que pode, por sua força persuasiva, servir de fundamento a partir do qual um novo caso poderá ser julgado<sup>43</sup>. O estado da arte dos precedentes é muito mais complexo e problemático do que em geral problematiza o senso comum teórico dos juristas.

---

40 Para uma ampla crítica da transformação do Recurso Extraordinário em questões de interesse público: BAHIA, 2009a.

41 É evidente que a própria função dos tribunais superiores acaba por ser corrompida, já que o STF ou o STJ, assim como dos demais tribunais, não criam teses (atribuição que é da academia), mas julgam causas (*Ibid.* p. 366. Tal crítica se mantém face ao NCPC, apesar deste, pelo menos, prever mecanismos de revisão/superação (*overruling*) e de distinção (*distinguishing*) – arts. 1036 e seguintes e outros.

42 Nessa linha crítica, acerca da distinção entre precedente como instituto apto a resolver problemas passados e a súmula como instituto para resolver casos futuros: STRECK; ABBOUD, 2013.

43 DUXBURY, 2008, pp. 1-3.

### 3. A organização de um sistema de precedentes no Novo CPC

Feitas tais considerações, passemos à análise dos dispositivos do Novo CPC sobre o tema. O precedente judicial, com certeza, foi tema sobre o qual não houve acordo entre as casas parlamentares. É que a Câmara dos Deputados ofereceu substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 em que dedicava todo um novo capítulo a oferecer contornos à temática sem paralelo com a versão original do Senado. O capítulo XV do Livro I, denominado “Das Normas Processuais Cíveis”, dedicou vários dispositivos a tentar solucionar a questão. Os arts. 520 e seguintes traziam um capítulo novo ao CPC: “Do Precedente Judicial”, uma inovação sem paralelos por aqui e que daria curso à tendência de mixagem de jurisdições<sup>44</sup>, que acompanhamos há tempos no Brasil<sup>45</sup>.

44 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011, pp. 731-776.

45 Passamos a transcrever todo o texto que, ao final, foi descartado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil do Senado Federal e não consta no texto final enviado à sanção presidencial: “DO PRECEDENTE JUDICIAL Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional; § 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*. § 2º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. § 3º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 4º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 5º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo

Quando o Projeto retornou ao Senado, foi retirado tal capítulo. Tal exclusão, no entanto, não nos exime de analisar as demais disposições normativas que cuidam, de forma direta ou indireta, de indicar o que temos definido como precedente judicial.

Por exemplo, o artigo 489, §1º, inciso V alude que não observa o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais aquela que se limita a “invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Já o mesmo artigo 489, §1º, inciso VI, aduz que também não se considera fundamentada a decisão que “deixa 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”.

Ora, salutar que o legislador diferencie precedente de enunciado de súmula, seja vinculante ou não.

É de se louvar o texto do art. 926, §2º, do NCPC ao determinar que “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Segundo o art. 926 do novo diploma processual: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Uma das formas de alcançar isso, segundo o §1º, é que os tribunais devem editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante. Apesar de claro, esse parágrafo é complementado pelo §2º acima citado.

---

efeitos prospectivos. § 6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 7º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. § 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. § 10. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. § 11. O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial. Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente<sup>46</sup>. É bastante claro (ao menos na *common law* não há dúvidas) que os precedentes significam o princípio e não o fechamento da discussão trazida a juízo.

Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados. Estaremos inventando uma nova forma de legislação advinda de um novo poder, a *juristocracia*, que não apenas viola princípios constitucionais (como a separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), mas que também padece dos mesmos problemas que a crença absoluta na lei: o “problema” da interpretação. Sim, porque, *por mais que se tente acabar com a discussão a partir de um enunciado de Súmula, o fato é que este é um texto e, como tal, possui o mesmo pathos da lei: como não é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação, uma e outra estão sujeitas ao torvelinho da práxis que evocará interpretação*.

As referências sistemáticas do que vem a ser precedente estão no Livro III, “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, Título I, “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”: os arts. 926 e 927 traçam a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência – trazem, na verdade, uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes/jurisprudência. Segundo o art. 927:

Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal

---

46 NUNES; BAHIA, 2013.

de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As novidades aqui estão em se colocar no rol de “observância obrigatória” as decisões dadas em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), as súmulas (mesmo as não vinculantes) do STF e também as súmulas do STJ e ainda as decisões do Plenário/Órgão Especial a que o julgador estiver vinculado. Erguem-se como vinculantes decisões que antes não tinham tal efeito – exceto o caso do IRDR, posto que este não existia no regime anterior –, o que leva a uma questão interessante: se uma Súmula Vinculante tem a mesma obrigatoriedade que uma súmula “comum” ou até o entendimento do Pleno/Órgão Especial, qual a diferença destes para aquela?

Erram aqueles que entendem que se pode formar um precedente como uma imposição “de cima para baixo” de um entendimento. O que há aí é o uso de determinadas decisões como paradigmas com o objetivo apenas de diminuir o número de ações no Judiciário e/ou acelerar o andamento dos feitos e não exatamente formar a construção de um fio interpretativo contínuo que formaria a história institucional do Judiciário, como disserta, e.g., Ronald Dworkin, sobre o caso americano<sup>47</sup>.

Há que se chamar a atenção para o fato de que o Novo Código de Processo Civil, apesar de trazer um conceito novo para o Direito Brasileiro, o de *precedente*, não define o mesmo. De todo modo, o inciso V do §1º do art. 489 deixa implícita a ideia de que precedente se constitui por meio dos fundamentos determinantes. Dierle Nunes explica essa diferença entre ambos:

a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*<sup>48</sup>.

---

47 DWORKIN, 2007.

48 NUNES, 2001. Essa previsão do registro correto da *ratio decidendi* a partir dos fundamentos determinantes é mais um reforço à vinculação do precedente (etc.) aos debates, questões e teses que lhe deram origem,

Para uma compreensão adequada dos precedentes, deve-se ainda lembrar que, nos países de *common law*, há precedentes “vinculativos” e os meramente “persuasivos”; a parte da decisão que compõe a *ratio decidendi* compõe o primeiro grupo, a parte que é mero *obiter dictum* o segundo<sup>49</sup>. Garcia<sup>50</sup> lembra que aqui está também um mecanismo pelo qual juízes nos EUA fogem do precedente: declarar que certa parte da decisão paradigma é apenas *obiter dictum*.

É de se observar que na *common law*, de fato, nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente). Ao revés, aqui o NCPC estabelece, *a priori*, tipos de decisão que são vinculantes e devem se constituir em paradigma para casos futuros, e deve-se ter claro que isso não faz sentido, desde uma doutrina/práxis sobre precedentes em países de *common law*, como procuramos mostrar.

O mesmo se diga sobre a atribuição, via norma infraconstitucional, de caráter (prático) vinculante a todas as súmulas do STF (em matéria constitucional), do STJ (matéria infraconstitucional) e dos Plenários/Órgãos Especiais. Há aí um aumento de competências dos Tribunais sem a devida Emenda à Constituição<sup>51</sup>.

A redação do Novo Código deixa clara a possibilidade de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores, bem como a alteração de enunciado de súmula e de tese adotada em julgamento de casos repetitivos desde que fundamentada e observando a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia (§4º do art. 927). Ademais, inclusive deixa aberta a possibilidade da modulação temporal da alteração atendidos os interesses sociais e a segurança jurídica (§3º do art. 927).

---

uma vez que, na sistemática do novo CPC, tais fundamentos têm de ser o resultado também daquilo que foi produzido no processo.

49 Também contribuem para determinar a autoridade do precedente a posição da Corte que o proferiu (Superior ou não), sua razoabilidade jurídica e até o prestígio do juiz que proferiu a decisão (RE, 1994, p. 9).

50 GARCIA, 1996, p. 40. Ver também BAHIA, 2009, pp. 54-57.

51 Já ensinava Afonso Arinos Melo Franco (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958, p. 73): “Lei que amplia jurisdição de tribunal é inconstitucional”. Mesmo que fosse através de Emenda, de toda sorte seria o caso de se questionar se ela não viola o art. 60, §4º, III da Constituição.

É importante analisarmos as formas pelas quais pode se dar a modificação de precedentes. Há a adoção entre nós dos institutos de *common law* conhecidos como *overruling* (superação) e *distinguishing* (distinção).

O *overruling* pode ser reconhecido tanto em relação às súmulas quanto em relação aos precedentes. Poderá o Tribunal, pelos procedimentos próprios de revisão/cancelamento de súmulas, decidir que houve modificação substancial do entendimento acerca de determinada norma (decorrente de "alteração econômica, política ou social referente à matéria") ou, mais formalmente, que a própria norma foi alterada. Quanto aos precedentes/jurisprudência, pelas mesmas razões poderá ser reconhecida a necessidade de "superação".

A "distinção" ocorrerá quando o órgão julgador, diante de um caso, entender que este possui particularidades que exigem tratamento diferenciado – frente ao que foi dado no(s) caso(s) paradigma. Tal decisão de afastar a incidência do precedente deverá trazer a respectiva fundamentação.

Há uma importante diferença entre a distinção e a superação. Enquanto na distinção o precedente/jurisprudência continua válido, na superação não. A distinção servirá para adequar a aplicação do direito a um caso específico. Salientando, assim, que a aplicação do direito deve levar em consideração todas as circunstâncias fáticas envolvidas no caso. A superação, lado outro, serve como um modelo de evolução do direito, com o sentido de escrever uma história, mantendo a coerência com a história anterior<sup>52</sup>.

Assim, há que se ter um sistema aberto à possibilidade de rediscussão da matéria sob outras bases, a partir de outras teses não avençadas à época. Isso é importante não apenas em razão do cumprimento do contraditório e da ampla defesa, mas também porque possibilita o aperfeiçoamento do próprio precedente, que será enriquecido com novas perspectivas, aumentando o leque de sua incidência no futuro<sup>53</sup>. Aqui sim se aventa a possibilidade de se considerar uma súmula ou decisão vinculante como parte de uma discussão jurídica que se prolonga no tempo, vale dizer, a interpretação/aplicação do direito é um processo contínuo de aprendizado e desenvolvimento, como dissemos acima. Tal como é marcada nossa sociedade

---

52 Vale a pena a leitura da tese do *chain novel* de Dworkin (2007) que explica o funcionamento da superação.

53 Há algum tempo publicamos um artigo falando da necessidade de tal ampliação do leque interpretativo quanto à técnica de julgamento por "pinçamento" dos Recursos Extraordinários repetitivos: THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009.

atual, o direito também é um processo dinâmico e complexo que não pode ficar estático e imóvel diante das modificações emanadas das alterações das gramáticas sociais.

Qualquer que seja a hipótese de alteração de entendimentos sedimentados – *overruling* ou *distinguishing* – o §2º do art. 927 permite que no procedimento de rediscussão haja a ampliação/pluralização do debate através da realização de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

Isso é muito positivo, pois mostra que, pelo papel que os precedentes (e outros) irão ter (mais até do que agora) no Novo CPC, a abertura ao debate apenas contribui para seu aperfeiçoamento. Ademais, tais previsões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do *stare decisis*.

Percebe-se que, para que a decisão seja considerada fundamentada (art. 489, §1º), da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedente, súmula, ou norma, precisa haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice*. De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em norma, súmula, jurisprudência, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um *distinguishing* (distinção) ou um *overruling* (superação). Ou seja, a aplicação de precedentes é um processo argumentativo, onde o precedente se torna o ponto de início do debate judicial, jamais tendo o condão de fechar o processo hermenêutico das partes e do julgador.

O art. 1.029 inicia as regras gerais acerca dos recursos extraordinário e especial; seu §1º dispõe como o recorrente deverá proceder quando fundar seu recurso em dissídio jurisprudencial – uma preocupação particularmente importante no novo Código, como mostramos. Pois bem, caso o órgão julgador não admita o recurso com tal fundamento, deverá, de acordo com o §2º, mostrar claramente o porquê da “distinção” feita entre o paradigma e o caso, não bastando alegar “fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes”.

Apesar de referido a questão específica, o dispositivo traz regra que muito ajudará a orientar os profissionais do direito nessa nova forma de lidar com o direito através de precedentes, a saber, que dois casos podem ter hipóteses fáticas diferentes e, no entanto, ser o caso de aplicação de um precedente (etc.) – com as devidas adaptações ao caso, como temos chamado a atenção – apenas podendo ser rechaçada sua aplicação se se mostra que o caso *sub judice* não se adequa à *ratio decidendi* anterior.

No julgamento de Recursos Extraordinários/Especial Repetitivos o art. 1.036 dispõe que caberá ao Relator realizar decisão de afetação que identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento (inciso I). Tal decisão será importante diante do que dispõe o §9º do artigo 1.036, qual seja, a parte poderá demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida no processo em que litiga com aquela a ser julgada no Recurso Especial/Extraordinário, requerendo o prosseguimento de seu processo.

Um pouco mais à frente, o CPC trata do “Agravo em Recurso Extraordinário/Recurso Especial” – recurso cabível contra a inadmissão de RE/Resp (art. 1.042). Em seu §1º, II, é colocado como condição ao conhecimento do recurso que o agravante mostre, de forma expressa, o porquê de o seu caso ser “distinto” do precedente (etc.) em sentido contrário utilizado pelo juízo *a quo* para inadmitir o RE/REsp. Mais uma vez, percebe-se a preocupação do NCPC com a possibilidade de que precedentes aparentemente (*prima facie*) cabíveis no caso possam não ser *adequados* ao caso<sup>54</sup>.

A questão preocupante quanto à sistematização dos precedentes fica por conta das antigas discussões de se utilizar súmulas, jurisprudência ou acórdãos de forma descontextualizada e acrítica buscando o fechamento da argumentação jurídica iniciada com a questão concretamente deduzida em juízo que o Novo CPC mantém. Além da manutenção da possibilidade de os relatores negarem provimento monocrático ao recurso quando a decisão objurgada estiver em conformidade com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF e pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (art. 932, IV), ou de dar provimento, assegurada a apresentação de contrarrazões, quando a decisão estiver em confronto com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF e STJ em recursos repetitivos e entendi-

---

54 Cf. GÜNTHER, 2000.

mento firmado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (art. 932, V), o Código inova no art. 332 com a hipótese de súmula do STF e do STJ, acórdão do STF e do STJ em recursos repetitivos ou entendimento em incidente de assunção de competência e de resolução de demanda repetitiva serem fundamentos suficientes para o julgamento liminar de improcedência – indo além do que dispunha o art. 285-A do CPC/1973. Há um término fulminante e prematuro da discussão jurídica trazida apenas com suporte em enunciados abstratos, como se pudessem *a priori* determinar a solução de um caso. Tal hipótese, segundo nos parece, ofende frontalmente o devido processo legal. Eis porque, aqui, estamos sempre o mais do mesmo em matéria de precedente.

#### 4. Problemas teóricos e práticos das reformas e do novo CPC frente à *common law*

Diferentemente do que açodadamente alguns teóricos preconizam<sup>55</sup>, as reformas legislativas ocorridas no vigente Código de Processo Civil de 1973, bem como a sistemática no Novo CPC, não correspondem de forma alguma à estrutura de aplicação de precedentes tal qual ocorre nos EUA ou no Reino Unido.

Consoante apresentamos em outro texto, nosso sistema precedentalista se afasta da *common law* e, porque não dizer também, da *civil law*. Criamos, assim, uma *differance* no sentido derridiano no sistema processual<sup>56</sup>. Preve-mos um modo particular de entender e aplicar o precedente.

Poderíamos, assim, problematizar nosso sistema precedentalista a partir de uma perspectiva histórica, filosófica e prática, sempre levando em conta o modelo de precedentes da *common law*.

Historicamente, os precedentes na *common law* nasceram da prática jurídica da Coroa inglesa de conceder *writs* ou ordens sumárias da Coroa para os *sheriffs*, que seriam os representantes da Coroa nos vilarejos. Os *writs* eram invocados pelas partes que requeriam, perante a jurisdição da Coroa, a emissão de ordens sob a alegação da existência de um “costume imemorial do reino”. Por isso é que, a bem da verdade, os costumes não

---

55 Por todos, a conhecida doutrina de Luiz Guilherme Marinoni que acredita na nossa aproximação total ao *common law*: MARINONI, 2010.

56 BACHA E SILVA, 2014.

precisavam ser comprovados, devendo-se considerar que a maioria das discussões travadas eram questões jurídicas inéditas. A frase definidora do desenvolvimento histórico da *common law* é *remedies precede rights*<sup>57</sup>, ou seja, a questão jurídica substantiva é definida pelos tribunais que têm, por isso mesmo, uma função criativa de desenvolvimento do direito.

O desenvolvimento do precedente na *common law* deve-se, assim, à prática dos chamados *common lawyers*, os litigantes práticos que, sem serem formados nas universidades europeias que ministravam o direito romano, tinham como principal função demonstrar aos tribunais que já teriam julgado determinado caso em determinado sentido, facilitando o êxito na causa.

Nosso sistema processual precedentalista, ao revés, tem sua história ligada diretamente aos assentos da Casa de Suplicação. A Casa de Suplicação era o Tribunal de última instância, instalado na Metrópole para o julgamento das causas de apelo e agravo em terceira instância. Instituído nas Ordenações Filipinas de 1603 de Portugal, os assentos da Casa de Suplicação seriam tomados a partir de alguma dúvida que os próprios desembargadores tivessem acerca da aplicação da ordenação. O entendimento tomado pela Casa de Suplicação não deixará mais dúvidas<sup>58</sup>.

A Lei da Boa Razão de 1789 estipulou que os assentos da Casa de Suplicação tinham força de lei e que os julgamentos fossem realizados de acordo com as leis gerais e depois pela jurisprudência da Casa de Suplicação. Os assentos, assim, passaram a ter força equivalente à lei<sup>59</sup>. Uma dúvida surgida na interpretação da lei levava rapidamente à obrigatoriedade do entendimento firmado pela Casa de Suplicação, sem maiores debates e discussões sobre se a interpretação era acertada ou não. Apenas isso, uma imposição de cima para baixo acerca de uma determinada interpretação.

Veja-se, pois, a diferença do processo de formação da compreensão do que seja um precedente na *common law* e em nosso sistema processual. No nosso caso, os assentos nascem como “uma prescrição e não um juízo, compromete normativa e universalmente a uma ordem jurídica instituindo um *status* jurídico, predeterminante da aplicação futura, a um certo

---

57 GILISSEN, 1995, pp. 210-211.

58 BACHA E SILVA, 2013, pp. 161-162.

59 BAHIA, 2009, pp. 88-89.

problema jurídico-social<sup>60</sup>. Os assentos por aqui têm força prescritiva, de ordem e não a força argumentativa que só acontece com o precedente na *common law*<sup>61</sup>.

A compreensão do precedente na *common law* assume uma característica argumentativa. Isto é, os advogados utilizam os precedentes selecionando-os criteriosamente, discriminando-os e explicando-os através de analogia com seu caso. A engenhosidade dos advogados na *common law* consiste na apresentação de precedentes análogos do caso que patrocina, de forma a justificar a decisão favorável<sup>62</sup>. Interessante observar que a citação dos precedentes análogos, bem como os precedentes desfavoráveis, não é considerada determinante para o caso. Eles só permitem a justificabilidade jurídica da decisão. Jamais a vinculação de um precedente será independente da força ou validade dos argumentos justificatórios apresentados no caso anterior<sup>63</sup>.

Daí, se pode ver uma imensa diferença entre a utilização do precedente no nosso sistema processual e na *common law*. Aqui, utilizamos não decisões judiciais completas, mas meros verbetes, ementários jurisprudenciais ou, ainda, ementas de acórdãos. As ementas são resumos dos julgamentos com a elaboração de termos mais gerais quanto possíveis e os verbetes jurisprudenciais são enunciados de duas ou três linhas<sup>64</sup>. Ora, os resumos dos julgamentos elaborados nas ementas servem como catalogação da decisão, uma facilitação ao acesso à informação nela contida. A consequência da utilização da ementa jurisprudencial como se fosse o precedente em si é que os aplicamos descontextualizados do caso em que foram aplicados, isto é, as individualidades do caso e dos fatos à luz do qual a decisão jurídica individualizada foi criada são deixadas de lado e o que importa é perquirir os conceitos que trazem as ementas. Criamos, assim, um modelo de aplicação *a priori* do direito, um modelo no qual aceitamos que as essências e abstrações das ementas jurisprudenciais são suficientes para a criação da norma jurídica individualizada<sup>65</sup>. Nessa medida, utilizamos o precedente

---

60 NEVES, 2008, p. 359.

61 Em Portugal, os assentos de observância obrigatória tiveram a inconstitucionalidade declarada no Acórdão nº 810/1993 do Tribunal Constitucional.

62 MACCORMICK, 2006, pp. 162-163.

63 *Ibid.*, p. 175.

64 RAMIRES, 2010, p. 49.

65 *Ibid.*, p. 54.

não como modelo argumentativo para ser aplicado analogamente, mas sim como *standards* de aplicação jurídica, tal qual um ato normativo.

Estabelecemos, dessa forma, um modelo de precedentes como regras prescritivas, isto é, há generalizações descontextualizadas e cujas palavras utilizadas no julgamento independente das circunstâncias em que fora aplicada a decisão<sup>66</sup>. Neste modelo, o precedente aparece completamente alheio às individualidades e às razões justificativas do caso anterior que permitiu a decisão naquele sentido.

Difícil concordar com as conclusões de Frederick Schauer de que é a fonte ou o próprio *status* do precedente que lhe confere autoridade e não o conteúdo ou o grau de persuasão do raciocínio incorporado<sup>67</sup>. Se tal fosse o caso, impossível dizer que um juiz de uma corte inferior ou primeira instância pudesse realizar um *distinguishing* sobre uma decisão de uma corte mais alta.

A questão é que o precedente na *common law* constitui o princípio, o ponto de partida da discussão jurídica travada nas esferas judiciais. Enquanto na *civil law* a legislação é que constitui o ponto de partida, na *common law* o precedente é um *topoi* argumentativo – se bem que dos mais importantes – que é utilizado pelas partes para mostrar seu caso à melhor luz<sup>68</sup>.

Não é desprecioso afirmar que uma aplicação legítima do Direito de forma imparcial, segundo Klaus Günther, demanda uma justa e igual consideração de todas as características do caso particular, levando em consideração todas as normas válidas aplicáveis ao caso<sup>69</sup>. Ademais, a modificação do direito por ele mesmo é parte de um projeto que leva a sério o fato de que a mudança é própria de uma autorrealização política do próprio direito no sentido de que há uma enunciação de um direito existente de forma mais acurada, ou, como quer Dworkin, à sua melhor luz<sup>70</sup>.

---

66 MAUÉS, 2012, p. 613.

67 SCHAUER, 1987. Também o seguinte artigo: Id., 2007, p. 382.

68 “Na discussão do caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter efeito vinculante] milita a seu favor, por isso, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual, autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso heurístico” (ABBOUD, 2012, p. 521).

69 GÜNTHER, 1995, p. 43.

70 DWORKIN, 1997, p. 15.

Da forma como instituído e desenvolvido nosso sistema, desde ao menos a instituição das súmulas no Supremo Tribunal Federal passando pela normatização da súmulas uniformizadoras da jurisprudência no CPC de 1973 até as Súmulas Vinculantes e o modelo no novo CPC, o precedente é visto como fim da discussão jurídica, isto é, servem o precedente, as ementas jurisprudenciais não como princípio da discussão mas para terminar a discussão jurídica levantada pelas partes.

O precedente como princípio, além de visualizar o próprio como início da discussão, deve permitir ao julgador a tarefa de encontrar os fundamentos que determinaram aquela decisão e, ainda, se há outros princípios relevantes no ordenamento que possam ser levados em consideração no caso presente<sup>71</sup>. Ainda, além de encontrar o fundamento e os possíveis princípios coerentes com o caso, o precedente significa que a parte possa argumentar que o caso anterior é diferente em aspectos substanciais do caso a ser julgado. Assim,

diante da situação em que a parte alega que seu caso é diferente, o juiz deve, em primeiro lugar, identificar se há algum princípio no ordenamento jurídico que fundamente os argumentos apresentados pela parte. Posteriormente, cabe perguntar qual solução do caso é a mais coerente: se aquela que se baseia no princípio que justifica o precedente ou aquela que se baseia no princípio que fundamenta a alegação da parte<sup>72</sup>.

Por isso que, em contraste com a sistemática de aplicação dos precedentes em nosso ordenamento, na *common law* em momento algum o precedente ou jurisprudência serve para liquidar a discussão travada no caso concreto. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte dá um tratamento ao *stare decisis* como um comando flexível e independente da linha liberal ou conservadora que segue a corte ou o pensamento jurídico em geral<sup>73</sup>.

---

71 A questão é bem ilustrada por Antônio Maués: “De acordo com a coerência de princípio exigida pela integridade, a aplicação do precedente depende de que seu fundamento seja adequado àquele caso particular e não entre em conflito com outros princípios. Assim, na interpretação dos precedentes, o juiz deve estar atento às circunstâncias do caso a fim de identificar se há outros princípios, além daqueles que aproximam a situação atual e o caso anterior, relevantes para sua solução” (MAUÉS, 2012, p. 618).

72 *Ibid.*

73 TRIBE, 2000, pp. 243-245.

Mesmo no caso de simplesmente seguir um precedente, é preciso aprendermos com a *common law* que “[a]pplying precedents requires interpreting them, interpreting them frequently entails modifying them, and modifying them often entails extending or contracting them. Consequently many cases may be weakened, but without being formally overruled”<sup>74</sup>. Ou seja, mesmo na simples hipótese de aplicar um precedente, invariavelmente teremos que interpretá-lo e, interpretando-o, modificaremos seu âmbito de aplicação, mesmo sem formalmente superá-lo.

As decisões vinculantes, súmulas e até mesmo as decisões proferidas no incidente de resolução de demanda repetitiva do Novo CPC não permitem que o juiz possa modificar a extensão do julgado. A aplicação feita de forma mecânica e distante do caso particular enfrentado pelo julgador não é compatível com as problematizações, argumentações e debates das partes no caso concreto.

Nosso sistema de precedente apresenta uma norma jurídica que se pretende pronta, acabada para ser aplicada ao caso concreto.

Conforme alerta Michele Taruffo em relação ao precedente no sistema processual italiano, que pouco difere de nossa realidade, a escolha dos precedentes parece seguir um critério quantitativo, isto é, há um emprego casual e desordenado de jurisprudência escolhida sem critério algum. Quando, ao reverso, o emprego do precedente não implica na lógica quantitativa, mas sim qualitativa<sup>75</sup>. Isto é, segue-se um precedente não por ele ter uma quantidade de julgados em mesmo sentido, mas sim pelo fato de que sua força gravitacional, para dizermos com Dworkin, atrai os casos parecidos ou análogos que demandam solução também análoga<sup>76</sup>.

## 5. Proposições para uma correta compreensão de um sistema de precedentes

Nossa práxis processual tende a compreender que o precedente tem como objetivo, apenas, a redução do número de processos que discutem determinada matéria. Há uma intrínseca relação entre o problema das referidas

---

74 GERHARDT, 2008, pp. 34-35.

75 TARUFFO, 2014, pp. 9-19.

76 Veja-se que tivemos o cuidado de não dizer que as soluções são iguais. Acreditamos, pois, que uma decisão jamais será igual a outra. O levantamento das próprias circunstâncias fáticas que envolvem um caso e outro impedem que uma decisão seja idêntica a outra.

demandas repetitivas e o pressuposto de que a formação de um precedente se tornará a panaceia para os males do Poder Judiciário.

Não se deve olvidar que o processo é instrumento que viabiliza a obtenção/reconhecimento de direitos fundamentais<sup>77</sup>, cujas respostas às violações não dependem de números, e sim de um aspecto qualitativo. Assim, sendo o processo instrumento/garantia de efetivação de direitos fundamentais, os precedentes devem ser formados e aplicados a partir desse parâmetro<sup>78</sup>.

Quando os já mencionados arts. 926 e seguintes enunciam aquilo que servirá como norte geral dos precedentes judiciais, há que se pontuar que a uniformização da jurisprudência não significa que aos Tribunais Superiores será facultada a monopolização da mesma. Ou seja, é inadequado pensarmos que, a pretexto de uniformizar, os Tribunais Superiores monopolizem a aplicação do direito<sup>79</sup>; daí a preocupação da Lei nº 13.105/2015 com a “distinção” e a “superação”. Nessa medida, não podemos jamais estabelecer que os Tribunais Superiores possam enunciar a “resposta correta” do direito. Aliás, admitir que o precedente estabelece a *posição correta* do direito é ir de encontro ao projeto democrático que nos anima, de uma sociedade e também um Poder Judiciário plurais e sempre abertos.

Até mesmo aqueles incautos leitores de Dworkin que parecem ter compreendido mal sua ideia de “resposta correta”, surpreenderam-se com obra recente em que o mesmo explica que não há uma interpretação final e definitiva do direito. O que importa, afinal, é a atitude que o intérprete deve ter de sempre buscar a resposta correta ou a resposta à melhor luz do direito<sup>80</sup>. Bem por isso, tomando como guia as lições de Dworkin, o precedente jamais será uma discussão pronta e acabada. Este é um pressuposto para o correto entendimento do regramento normativo do precedente no novo CPC.

A estabilidade de um precedente ou jurisprudência não significa que as mudanças devam ser má vistas. A questão não é se e quando um entendimento é modificado. O problema se afigura na forma como ocorre a modificação. É que, por mais que formalmente a modificação deva partir do mesmo tribunal que sedimentou, a grande verdade é que uma modi-

---

77 NUNES, 2011.

78 Id., 2012, p. 263.

79 Nesse sentido parece apontar Daniel Mitidiero (2013, p. 107). Ao contrário, conforme nos ensina Marcelo Cattoni, em relação ao Supremo Tribunal Federal, aplicável aos demais órgãos jurisdicionais, não se pode, a pretexto de interpretar, monopolizar o direito (CATTONI, 2004, p. 142).

80 DWORKIN, 2010, p. 82.

ficção do entendimento pode começar a ser discutida a partir de outros órgãos que enxergam a necessidade decorrente das modificações não só da interpretação jurídica, mas também a modificação das próprias relações sociais que deram azo ao precedente. Salutar, nessa medida, é a inserção da possibilidade do tribunal que sedimentou o entendimento ouvir pessoas, entidades de classe ou órgãos acerca da superação do precedente (§2º do art. 927, NCPC). Melhor, ainda, seria se os tribunais, ao utilizarem essa faculdade, ouvissem os tribunais e juízes acerca da forma como eles vêm interpretando o precedente. Tal ato contribuirá em muito para uma superação democrática do precedente.

A integridade e a coerência da jurisprudência implicam em considerar o histórico do entendimento sedimentado, seja no próprio âmbito do Tribunal Superior, seja pelas interpretações que vêm dando os tribunais inferiores. Já que, conforme salientamos, não há um marco zero na interpretação, os precedentes devem ser formulados orientados pela interpretação que vem sendo feita, pela aplicação da tese jurídica dada pelos tribunais inferiores. Essa hipótese ajuda para uma formação democrática dos precedentes e não uma imposição arbitrária de cima para baixo de um entendimento acerca de determinada tese.

Ademais, nossa práxis jurídica tende sempre a solapar o debate que ocorre nas instâncias inferiores. A sistemática de suspensão dos processos, presente no incidente de resolução de demanda repetitiva e nos recursos extraordinário e especial repetitivos, é medida que pode criar embaraços para a sadia formação e o desenvolvimento do precedente judicial ao se “cortar”, artificialmente, o debate. Veja-se, por exemplo, a determinação de suspensão de todos os processos que discutiam o afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas do FGTS feita pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.381.683/PE. Com efeito, sabe-se que tal causa foi pouco debatida pelas justiças inferiores e, já na primeira oportunidade, o STJ determinou a suspensão dos processos e impede a discussão jurídica por cortes inferiores<sup>81</sup>.

A integridade e a coerência dos padrões decisórios elencados pela novel disposição do Código não pode ser entendida apenas como uma deter-

---

81 O argumento utilizado pelo Min. Benedito Gonçalves é de que existem mais de 50 (cinquenta) mil ações dessa espécie em andamento pelos tribunais pátrios. Trata-se de exemplo de padronização decisória preventiva (ou jurisprudência defensiva), na qual o objetivo é apenas e tão somente evitar a profusão das demandas.

minação para que os tribunais que deverão formá-los deem interpretação condizente do direito aplicado ou que confirmem uma hermenêutica adequada aos princípios de moralidade política que justificam nossas práticas jurídicas. É preciso mais. Uma postura democrática e constitucionalmente adequada (fincada no debate, no contraditório substancial como direito de influência e não-surpresa<sup>82</sup>) é cobrada dos Tribunais Superiores, da mesma forma que de qualquer outro juízo/Tribunal.

Nessa esteira, devem os Tribunais Superiores, por mais que tenham a nobre função de guardar a Constituição ou a lei federal, evitar formar um entendimento a partir do julgamento de um ou de poucos recursos. O esgotamento discursivo do objeto do julgamento deve ser o requisito necessário para a formação e sedimentação de um determinado entendimento. Jamais nos países que levam a sério os precedentes se vê a formação de um precedente a partir de um ou poucos recursos<sup>83</sup>. Em geral, a formação de um precedente leva anos. O processo de maturação da tese jurídica nas esferas jurisdicionais não é algo que pode acontecer com uma velocidade tal que não permita aos julgadores enxergarem todos aspectos relevantes do caso.

Conforme aprendemos com Klaus Günther e Jürgen Habermas, uma decisão judicial só será democrática, ou seja, só satisfará as pretensões de legitimidade material e correção formal, se todas as possíveis hipóteses e circunstâncias forem levadas na devida conta<sup>84</sup>. Dificilmente apenas alguns recursos representativos da controvérsia, escolhidos pela técnica de pinçamento, poderão prever todas as circunstâncias concretas que envolvem a aplicação de uma determinada tese jurídica. Admitir que isso seja possível é permitir que a função judiciária se transforme em um exercício de *futurologia* e não um órgão competente e capaz para resolver problemas jurídicos concretos deduzidos pelas partes.

Em conclusão, o pressuposto teórico que deve permear a aplicação dos precedentes judiciais no novo CPC deve ser a existência e a consolidação de um Estado Democrático de Direito que ampara e protege as pretensões jurídicas de seus cidadãos. Amparar e proteger as pretensões jurídicas somente pode significar que o caso de um cidadão seja analisado como único, envolvendo suas circunstâncias históricas, sociais e econômicas.

---

82 THEODORO JUNIOR; NUNES, pp. 107-141, 2009.

83 NUNES, 2012, p. 263.

84 GÜNTHER, 1995, pp. 36-54; HABERMAS, 2010a; Id., 1994.

## Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Direito jurisprudencial*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009a.
- \_\_\_\_\_. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009b.
- \_\_\_\_\_. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012a.
- \_\_\_\_\_. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 15-37.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O Potencial Transformador dos Direitos "Privados" no Constitucionalismo Pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*, v. 882, p. 45-60, abril 2009.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; NUNES, Dierle; GOMES, Renata Nascimento (orgs.). *Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Download gratuito disponível em: <<http://migre.me/riVkp>>.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). In: *Quinze anos da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- \_\_\_\_\_. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: RT, 2003.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. A Conferência Mccorkle de 1984: as ambições do direito para si próprio. *Veredas do Direito*, v. 4, n.º 8, pp. 9-31, Julho-Dezembro de 1997.
- \_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, v. 734, pp. 40-47, dez. 1996.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Renata Nascimento. *Direito americano: uma abordagem da litigância de interesse público*. Pouso Alegre, 2012, 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas.
- GÜNTHER, Klaus. Legal Adjudication and Democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*. Essex: Blackwell Publishers. v. 3, n. 1, April/1995, pp. 36-54.
- \_\_\_\_\_. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n.º 6, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010a.
- \_\_\_\_\_. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Trad. Ciaran P. Cronin. Cambridge: The MIT press, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010b.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, 8(2), p. 587-624, jul./dez 2012.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.
- NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010a;

- \_\_\_\_\_. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 61-96, 2010.
- \_\_\_\_\_. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, setembro 2011.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79. Abr./Jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Freddie. *Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial - 2a série*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 7-13, abr. 1994.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Poder Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*. 1994, p. 34-45.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (et al.). *A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário*. Coimbra: Observatório permanente da justiça portuguesa, Universidade de Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, Vol. 24 [2007], Iss. 2, Art. 6.
- \_\_\_\_\_. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, p. 571-609, Feb., 1987.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, MACHADO,

- Felipe Daniel Amorim (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamúdio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. México: Unam, 2008.
- \_\_\_\_\_. La Jurisprudencia entre Casuística y Uniformidad. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n. 2, diciembre 2014, p. 9-19. Disponível em: <<http://migre.me/rjUts>>.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, fevereiro 2009.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, novembro 2010;
- \_\_\_\_\_. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Volume IV*. SP: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. Litigância de Interesse Público e Execução Comparticipada de Políticas Públicas. *Revista de Processo*, v. 224, p. 121-152, outubro de 2013.
- \_\_\_\_\_. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, n. 177, p. 09-46, Novembro 2009.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: New York Foundation Press, 2000.
- VILHENA, Paulo E. Ribeiro. Os Prejulgados, as Súmulas e o TST. *Revista de Informação Legislativa*, a. 14, n. 55, jul./set. 1977, p. 83-100.

Recebido em 16 de junho de 2015

Aprovado em 13 de julho de 2015