

TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

*WORKING WITH A NEW LOGIC: THE RISE OF PRECEDENTS IN
BRAZILIAN LAW*

*Patrícia Perrone Campos Mello¹
Luís Roberto Barroso²*

SUMÁRIO: Introdução: Ascensão do Poder Judiciário; expansão do acesso à justiça e jurisdição de massa no Brasil; 1 A aproximação entre o sistema romano-germânico e o *common law*; 2 A evolução do papel da jurisprudência no Brasil; 3 A eficácia dos precedentes judiciais no Direito brasileiro; 4 Três razões para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes;

1 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro - Assessora do Ministro do Supremo Tribunal Federal
Professora do Centro Universitário de Brasília - UniCeub - Mestre e doutora pela UERJ - E-mail:
pcamposmello@uol.com.br

2 Ministro do Supremo Tribunal Federal - Professor titular da UERJ - Professor do Centro
Universitário de Brasília - UniCeub - Mestre pela Universidade de Yale - Doutor e Livre-Docente pela
UERJ - Pós-Doutor pela Universidade de harvard - E-mail: gabmlrb@stf.jus.br

5 Categorias fundamentais para a operação com precedentes no *common law*; 6 Categorias importantes para a operação com precedentes no Brasil; 6.1 Eficácia (não) transcendente dos motivos determinantes: como fica?; 6.2 Tese vinculante, questão de direito, fundamentos determinantes e distinção no CPC/2015; 7 Primeiras notas sobre dificuldades a serem superadas pelo Supremo Tribunal Federal na operação com precedentes vinculantes; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: A ascensão institucional do Poder Judiciário, a judicialização decorrente da abrangência da Constituição de 1988 e a massificação do acesso à justiça impõem a otimização do tempo e dos recursos humanos e materiais postos à disposição das cortes. É nesse contexto que se dá a instituição de um amplo sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a operação com precedentes demanda o domínio de técnicas de decisão e de categorias com as quais os juízes brasileiros, de formação romano-germânica, não têm total familiaridade. O presente artigo examina a trajetória de valorização da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, os institutos essenciais para operação com precedentes vinculantes e os desafios a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal nesta nova realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Ratio Decidendi. Obiter Dictum. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The institutional rise of the Judiciary Power, the increase of litigation as a consequence of the broadness of the 1988 Brazilian Constitution and the general growth of judicial claims demand a rational use of time, human and material resources available to courts. This is the scenario in which the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure creates a binding precedent system. The operation with binding precedents demands knowledge of decisional technics and concepts that Brazilian judges, formed in a roman-germanic legal system, are not familiar with. This paper examines the progressive relevance of case law as a source of Brazilian law, the institutes deemed essential for dealing with binding precedents and the challenges faced by the Brazilian Supreme Court in this new reality.

KEYWORDS: Precedents. Ratio Decidendi. Obiter Dictum. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO: ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO, EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO DE MASSA NO BRASIL

O Poder Judiciário, em todo o mundo, vive um momento de ascensão institucional. Este é um fenômeno que tem início após a 2ª Guerra Mundial: boa parte dos países democráticos se deu conta da importância de um Judiciário forte e independente para a garantia dos direitos fundamentais e para a preservação das regras do jogo democrático. Juízes e tribunais, assim, deixam de ser órgãos técnicos especializados do Estado e se convertem, progressivamente, em integrantes de um verdadeiro poder político. Essa ascensão do Poder Judiciário foi, em ampla medida, contemporânea de um certo desencanto com a política majoritária, acossada por múltiplas vicissitudes e distorções. No Brasil pós-1988, o maior prestígio e visibilidade do Poder Judiciário foi potencializado por uma constituição abrangente e detalhada, que em medida significativa estimulou a judicialização da vida.

A massificação do acesso à justiça modificou de maneira inelutável o perfil da atuação de juízes e tribunais. Nas últimas décadas, criaram-se novos direitos, ações e tribunais. No plano dos direitos, podem-se destacar a proteção do consumidor, a tutela do meio-ambiente e a promoção da saúde. No tocante às ações judiciais, foram introduzidos tanto processos objetivos – *e.g.* ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – quanto ações subjetivas, aí incluídos a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e as diferentes possibilidades processuais de tutela de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. No plano estrutural, foram criados os juizados especiais, expandindo exponencialmente a chance de cada cidadão obter pronunciamentos judiciais, independentemente da expressão pecuniária de sua pretensão. Uma das consequências do fenômeno aqui descrito foi a multiplicação de órgãos judiciais, espalhados capilarmente por todo o país. De acordo com a Associação dos Magistrados Brasileiros, o Brasil possui cerca de 16 mil juízes.

A massificação, como intuitivo, reduz a atenção individual que juízes de todos os graus de jurisdição podem dar a cada processo, impondo a otimização do tempo, dos recursos humanos e dos materiais disponíveis. Esta não é uma escolha comportamental ou filosófica, mas uma inevitabilidade dos tempos modernos, das sociedades de massas contemporâneas. O juiz tradicional, que tecia como artesão cada sentença, ficou reservado para as hipóteses excepcionais de casos com complexidades e peculiaridades que refogem ao padrão usual. Juízes nos dias atuais trabalham com assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões.

Neste novo universo, a entrega de justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho, como, por exemplo, pelo aproveitamento da fundamentação e de teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais. É nesse ambiente que o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo. Trabalhar com precedentes, todavia, exige o domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias que não fazem parte da rotina de juízes formados na tradição romano-germânica. Este é o tema do presente artigo.

1 A APROXIMAÇÃO ENTRE O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E O COMMON LAW

O tratamento conferido à jurisprudência pelo direito ocidental varia de acordo com dois grandes sistemas de direito: o sistema romano-germânico e o *common law*. O sistema romano-germânico, que predominou na Europa continental, tem a lei como principal fonte do direito. A norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular. Neste sistema, as decisões judiciais, geralmente, não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros³ e, por isso, afirma-se que, como regra, desempenham um papel secundário como fonte do direito. Podem influenciar a sua compreensão, podem inspirar iniciativas legislativas, mas não geram direito novo, funcionando como fontes mediatas de novas normas.

No *common law*, típico dos países de colonização anglo-saxã, tem-se a situação inversa. As decisões judiciais são a principal fonte do direito e produzem efeitos vinculantes e gerais. A norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro. Ela é determinada a partir do

3 Todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. Quando tais efeitos obrigam apenas às partes do caso concreto, afirma-se que os efeitos são vinculantes e inter partes; quando a orientação firmada em um julgado tem de ser observada nos demais casos futuros e idênticos, afirma-se que produzem efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*). Entretanto, o jargão jurídico vem utilizando a expressão efeito ou precedente vinculante para referir-se a esta segunda categoria de precedentes, cujos efeitos obrigatórios ultrapassam o caso concreto e equivalem aos efeitos dos *binding precedents* do *common law*. Trata-se de uso menos técnico, porém consolidado na comunidade jurídica. Por essa razão, a menção a efeitos ou a precedentes vinculantes neste trabalho designará sempre aqueles entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro. V., neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 160-161 e 235-248.

problema e deve ser compreendida à luz dos seus fatos relevantes. É mais fragmentada, ligada às particularidades da demanda e à justiça do caso concreto; é menos voltada a produzir soluções abrangentes e sistemáticas. O uso da lei como fonte do direito no *common law* é menos usual do que no direito romano-germânico.

Esses sistemas não evoluem, contudo, de forma estanque. Ao contrário, há relativo consenso de que se encontram em processo de aproximação. O triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países do *common law*⁴.

Assistiu-se, assim, à promulgação, na Inglaterra, da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu, de forma inédita no sistema inglês, a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵. Aprovou-se a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido⁶, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia⁷. E, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei tornaram possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*, bem como previram a nomeação preferencial, pelo prazo de dez anos contados do início de vigência da norma, de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais⁸.

Nos Estados Unidos, a título de ilustração, foi editada, em 2010, uma importante reforma do sistema de saúde, por meio da Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível (*Patient Protection and Affordable Care Act*), que ficou conhecida como *Obama Care*, com o propósito

4 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 434-435.

5 Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>> (Seção 4). Acesso em: 16 maio 2016.

6 Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>> (Parte 3). Acesso em: 16 maio 2016.

7 A House of Lords, que funcionara como a corte superior do Reino Unido até outubro 2009, integrava o Parlamento, o que gerava certo desconforto quanto ao respeito à concepção tradicional de separação de poderes.

8 V. Lei de Reforma da House of Lords de 2014 (House of Lords Reform Act 2014), Seção 1 da Lei de Expulsão e Suspensão de Membros da House of Lords de 2015 (House of Lords Expulsion and Suspension Act 2015) e Seção 1 da Lei de Lordes Espirituais Mulheres de 2015 (Lords Spiritual Women Act 2015). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/14/contents/enacted/data.html>> e <<http://services.parliament.uk/bills/2014-15/lordsspiritualwomen.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

de implementar rápidas mudanças sociais no acesso aos serviços de saúde e de reduzir seus custos⁹.

Já no que respeita aos países de direito romano-germânico, constata-se, hoje, uma tendência indiscutível a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais. Essa tendência pode ser constatada, exemplificativamente, nos efeitos atribuídos aos julgados das cortes constitucionais da Alemanha, da Itália e da Espanha¹⁰, todas produtoras de precedentes vinculantes, e, porque não, na eficácia atribuída às próprias decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), como se verá a seguir.

2 A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas: i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)¹¹.

2.1 O Avanço do Controle Concentrado da Constitucionalidade

O ordenamento constitucional brasileiro alberga dois modelos de controle da constitucionalidade¹². Há, primeiramente, o modelo difuso, de inspiração norte-americana, no qual o controle de constitucionalidade pode ser desempenhado por todo e qualquer juiz de todos os graus de jurisdição.

9 Disponível em: <<http://housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

10 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26-27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.), op. cit., p. 154-155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.), op. cit., p. 272.

11 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-60; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. V., ainda, sobre o tema, os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki no julgamento da Reclamação 4335 (Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE, 20.10.201).

12 BARROSO, op. cit., p. 23-90.

Nele, o exame da constitucionalidade ocorre em caráter incidental, no âmbito de um caso concreto, como questão prejudicial à decisão do mérito da causa; pode se iniciar em primeiro grau de jurisdição e chegar até o STF por meio de recurso extraordinário. Os entendimentos produzidos pelo STF sobre matéria constitucional, neste primeiro modelo, tradicionalmente, obrigavam apenas às partes do caso.

Em paralelo, há, ainda, o controle concentrado da constitucionalidade, de inspiração europeia, que confere exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações diretas. O pedido principal de tais ações consiste, em regra, na aferição da (in) constitucionalidade da norma, em tese, perante a Constituição Federal¹³. Trata-se de processo abstrato e objetivo, no qual não se debatem direitos subjetivos, mas, ao revés, busca-se essencialmente preservar a higidez da ordem constitucional. As decisões proferidas pelo STF nesta sede produzem entendimentos – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma – a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais e pela administração pública. Por isso se diz que os julgados proferidos em sede concentrada dão ensejo à produção de precedentes vinculantes¹⁴.

A Constituição de 1988 potencializou o uso das ações diretas com inovações diversas, que compreenderam: a) maior autonomia reconhecida ao Procurador-Geral da República, nomeado para mandato certo e não mais sujeito à exoneração *ad nutum*; b) ampliação do elenco de órgãos e entidades com legitimação para proporem ações diretas; e c) ampliação dos instrumentos de deflagração de controle concentrado, com a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF), esta última, inicialmente, sem contornos definidos. Por fim, a Emenda Constitucional nº 3/1993 criou a ação declaratória da constitucionalidade (ADC).

Na sequência, a Lei nº 9.868/1999 regulamentou a ADI, a ADO e a ADC, explicitando que as decisões proferidas nestas ações, inclusive aquelas que procediam à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, produziram efeitos vinculantes e gerais em relação aos órgãos judiciais e à administração

13 Há, contudo, exceções. A ação direta interventiva, por exemplo, é uma ação direta que integra o controle concentrado da constitucionalidade. Entretanto, a questão constitucional nela versada - violação a algum princípio constitucional sensível - constitui uma questão prejudicial ao julgamento do mérito (BARROSO, op. cit., p. 372-375).

14 Ibidem, p. 235-250.

pública¹⁵. A Lei nº 9.882/1999 regulamentou a ADPF como mais uma ação componente do sistema de controle concentrado da constitucionalidade. Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, que refletisse o entendimento defendido pelo Supremo em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tornando sua observância obrigatória para o Judiciário e para a administração pública¹⁶.

Tais normas já indicavam que uma ampliação gradual e permanente do sistema de controle concentrado da constitucionalidade brasileiro estava em curso, o que naturalmente importava na expansão dos precedentes vinculantes em sede constitucional.

2.2 A Valorização da Jurisprudência por Meio das Normas Infraconstitucionais que Progressivamente Alteraram o CPC/1973

Paralelamente ao movimento descrito acima, o Código de Processo Civil de 1973 vinha sendo objeto de uma série de alterações pontuais que conferiam maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais. Nessa linha, a Lei nº 9.756/1998 permitiu que o relator inadmitisse, monocraticamente, recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, ou que desse provimento aos apelos compatíveis com tais precedentes¹⁷; e estabeleceu a desnecessidade de submissão da arguição incidental de inconstitucionalidade de uma norma ao plenário dos tribunais, quando já houvesse pronunciamento da Corte Constitucional ou do próprio tribunal a seu respeito¹⁸.

A Lei nº 10.352/2001 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente¹⁹. A Lei nº 11.232/2005 criou os embargos desconstitutivos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF²⁰. Em 2006, editou-se a Lei nº 11.418, que regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004,

15 Lei 9868/1999, art. 28, par. único.

16 CF/88, art. 103-A, com redação conferida pela EC 45/2004.

17 Cf. redação atribuída pela Lei nº 9.756/1998 ao art. 557, caput e §1º, CPC.

18 Cf. redação atribuída pela Lei nº 9.756/1998 ao art. 481, parágrafo único, CPC.

19 Cf. art. 475, §3º, CPC, incluído pela Lei nº 10.352/2001.

20 Cf. redação dos art. 475-L, inc. II e § 1º, CPC e art. 741, parágrafo único, CPC, dada pela Lei nº 11.232/2005.

de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário; e determinou-se que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional²¹.

A mesma Lei nº 11.418/2006 criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que previa que a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre o mérito da questão, em um caso paradigma, abriria para o tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrassem, sob pena de, não o fazendo, tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no STF²². Posteriormente, o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi replicado para recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para recursos de revista julgados no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Lei nº 11.672/2008²³ e da Lei nº 13.015/2014²⁴, respectivamente.

A lógica do procedimento para julgamento de recursos repetitivos estava justamente em produzir um sistema pelo qual os precedentes firmados pelos tribunais superiores fossem replicados pelas demais instâncias judiciais. Entretanto, na prática, tais precedentes nem sempre foram voluntariamente observados pelos juízos inferiores. E os tribunais superiores entenderam que seu descumprimento não poderia ser corrigido por meio de reclamação, diferentemente do que ocorria nos casos de violação a súmulas vinculantes ou a julgados oriundos do controle concentrado, em que a reclamação era cabível por disposição constitucional expressa²⁵.

Nesse ponto, a inexistência de uma medida que permitisse cassar, de forma rápida, o entendimento divergente das decisões das cortes

21 Cf. art. 543-A, §3º, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

22 Cf. art. 543-B, §3º, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

23 CPC/1973, art. 543-C, inserido pela Lei 11.672/2008.

24 CLT, arts. 896-B e 896-C, inseridos pela Lei 13.015/2014.

25 V., no que respeita ao STF: Pleno, Rcl 7569, rel. Min. Ellen Gracie, DJe, 11.12.2009; Rcl 10.973, rel. Min. Ellen Gracie, DJe, 06.06.2011; Segunda Turma, Rcl 17036 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, DJe, 27.04.2016; Segunda Turma, Rcl 16245 AgR-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 01.09.2015; Segunda Turma, Rcl 17914 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe, 04.09.2014; no que respeita ao STJ: Primeira Seção, AgRRcl 25.299, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe, 04.12.2015; Segunda Seção, AgRRcl 22.505, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe, 15.04.2015; Primeira Seção, AgRRcl 15.473, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe, 01.09.2014. Na verdade, havia grande preocupação com o volume de reclamações que poderia ser recebido pelos tribunais superiores, caso afirmassem a sua admissibilidade, e produziu-se, então, um entendimento defensivo.

superiores proferidas em recursos repetitivos comprometeu, em parte, a efetividade do procedimento especial para julgamento destes recursos, comprovando a importância da reclamação para criar uma cultura de respeito aos precedentes. A correção da decisão divergente por meio do sistema recursal tradicional encontrava as dificuldades já conhecidas: morosidade, em virtude do grande volume de recursos pendentes nos tribunais e da necessidade de passar pelas demais instâncias para acessar o STF; e incerteza, tendo em vista os muitos filtros defensivos utilizados pelas cortes para reduzir seu volume de recursos e a necessidade de julgarem um quantitativo muito alto de casos, comprometendo-se a qualidade da tutela jurisdicional que prestavam.

Todos os aludidos avanços, em sede infraconstitucional, indicavam uma persistente inclinação a atribuir às decisões judiciais efeitos para além do caso específico, bem como uma tendência a conferir efeitos expansivos também aos precedentes oriundos do controle difuso da constitucionalidade.

2.3 A Criação de um Novo Sistema de Precedentes Vinculantes pelo CPC/2015

A trajetória descrita acima completou-se com o Novo Código de Processo Civil. Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.

Entre tais institutos, dois eram absolutamente novos e foram concebidos pelo CPC/2015: os incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência. O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição. O incidente de assunção de competência possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico,

indicado pelo regimento interno do tribunal. Em ambos os casos, as decisões proferidas em segundo grau produzirão efeitos vinculantes.

O art. 988 do novo Código previu, por sua vez, a possibilidade de utilização da reclamação para cassar decisões divergentes de todos os entendimentos e precedentes indicados como obrigatórios pelo art. 927, ressalvados apenas as hipóteses de descumprimento de súmulas simples e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais. Portanto, como já ocorria nos casos de súmulas vinculantes, as decisões divergentes de entendimentos firmados em repercussão geral e em recursos extraordinários e especiais repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias, poderão ser cassadas por meio de reclamação. O mesmo passou a ser possível em casos de julgados em desacordo com decisões produzidas em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência²⁶.

3 A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Os Tipos de Eficácia: Eficácia Persuasiva, Eficácia Normativa e Eficácia Intermediária

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia²⁷. Há, primeiramente, os *precedentes com eficácia meramente persuasiva*. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com essa eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito.

²⁶ É válido observar, contudo, que, na hipótese de precedentes vinculantes criados pelo novo Código – julgados produzidos em repercussão geral, nos casos repetitivos e em incidente de assunção de competência –, os efeitos vinculantes não obrigam a administração pública, diferentemente do que ocorre com as súmulas vinculantes e com as decisões proferidas em controle concentrado, em que disposição constitucional expressa prevê que também a administração pública está obrigada a seu cumprimento, sob pena de ter seu ato cassado por reclamação proposta diretamente no STF (CF/88, art. 102, § 2º, e art. 103-A).

²⁷ A classificação proposta a seguir inspira-se em MELLO, op. cit., p. 61-112. Para outras classificações, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MACCORMICK; SUMMERS, op. cit., p. 554-555; SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 5-20, jul./set. 1985.

Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do *common law*, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos *binding precedents* é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação²⁸.

Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma *eficácia intermediária*. Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual. Abriga, por isso, decisões judiciais com eficácia heterogênea que produzem efeitos impositivos em diferentes graus.

28 MELLO, op. cit., p. 61-68. No mesmo sentido, Wambier, Conceição, Silva Ribeiro e Torres de Mello afirmam: "Há a obrigatoriedade que poderíamos chamar de forte – se não respeitada cabe, para a correção da decisão que a desrespeitou, um remédio especificamente concebido com esta finalidade. Infelizmente, no Brasil, este parece ser o único caso em que se considera realmente haver obrigatoriedade. Um bom exemplo é o cabimento de reclamação contra decisão que desrespeita acórdão do STJ ou do STF, em julgamento de casos repetitivos" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1315-1318 e 1413-1421). Na mesma linha, ainda, v. Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "[A]té que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma cultura jurídica de verdadeiro respeito ao precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 920)

3.2 A Eficácia dos Precedentes Judiciais na Vigência do CPC/1973

A partir das categorias acima, pode-se afirmar que, na vigência do CPC/1973, as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva. Os entendimentos firmados nessas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas. No outro polo, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de eficácia normativa. De acordo com determinação constitucional expressa, as decisões que os desrespeitassem seriam cassadas, de forma imediata, por meio de reclamação. Não seria preciso, portanto, aguardar a sua correção pela via recursal tradicional, sujeita a delongas e incertezas²⁹.

Por fim, a jurisprudência consolidada nos tribunais, as súmulas simples e as decisões do pleno dos tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de uma norma eram dotadas de eficácia intermediária. Nos dois primeiros casos, permitiam a inadmissão ou o provimento monocrático de recursos contra decisões que se harmonizassem ou que conflitassem com a orientação neles firmada. No último caso, dispensavam nova submissão da questão constitucional ao plenário para a afirmação da inconstitucionalidade da mesma norma. Entretanto, tais entendimentos não tinham de ser obrigatoriamente observados³⁰.

Até mesmo as decisões proferidas em repercussão geral e em recurso extraordinário repetitivo, à luz do CPC/1973, eram dotadas de uma eficácia intermediária, mesmo que com nível impositivo um pouco diferenciado das anteriores. Diferentemente do que ocorria com a jurisprudência consolidada nos tribunais ou com as súmulas simples, a observância dos entendimentos firmados em repercussão geral era *obrigatória* mesmo à luz do antigo Código. Tais entendimentos deveriam ser seguidos pelos tribunais, sob pena de serem os acórdãos divergentes cassados ou reformados liminarmente, na dicção da norma processual³¹.

Entretanto, na prática, o STF e o STJ entendiam ser incabível o ajuizamento de reclamação para provocar tal cassação. Assim, para reverter

29 MELLO, op. cit., p. 74-112.

30 Ibidem, p. 74-112.

31 CPC/1973, art. 543, §4º, com redação conferida pela Lei 11.418/2006: "Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada".

a decisão divergente, a parte ficava na dependência da admissão do recurso extraordinário ou do recurso especial pelo tribunal de origem - o mesmo que se recusava a aceitar a orientação firmada nos tribunais superiores. Tais recursos tendiam a ser inadmitidos. Era preciso então lançar mão do recurso de agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário ou de recurso especial. O caso passava a integrar o volumoso acervo de casos repetitivos e/ou de recursos inadmitidos dos tribunais superiores e podia permanecer por anos aguardando uma decisão. Portanto, ainda que a lei determinasse a observância dos precedentes firmados em repercussão geral, as cortes não conferiam efetividade plena a este mandamento. Tratava-se, assim, de precedentes normativos em sentido fraco.

Portanto, à luz do CPC/1973, os precedentes dotados de efeitos normativos fortes eram raros.

3.3 A Eficácia dos Precedentes Judiciais à Luz do CPC/2015

A eficácia das decisões judiciais foi substancialmente alterada pelo CPC/2015. Permaneceram dotadas de *eficácia persuasiva* as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau. O mesmo ocorreu com os acórdãos dos tribunais em geral, desde que proferidos em casos não sujeitos a incidente de resolução de demanda repetitiva ou ao incidente de assunção de competência.

Por outro lado, são dotados de *eficácia normativa em sentido forte*: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. O desrespeito a esses precedentes enseja a sua cassação, por meio de reclamação, junto à corte que o proferiu, nos termos do art. 988 do CPC³².

Produzem *eficácia intermediária* ou *eficácia normativa em sentido fraco* os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as

32 MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015. p. 41-54; WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, op. cit., p. 1315-1318 e 1413-1421; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 872-876 e 920-921; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1835-1846, sendo de se destacar, contudo, que este último autor questiona a constitucionalidade de atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes por meio de norma infraconstitucional.

orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos. Entretanto, sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação. Por consequência, tal “dever” tenderá a funcionar, na prática, como mera recomendação, ao menos no estágio cultural em que nos encontramos no que respeita à operação com precedentes judiciais.

Nota-se, assim, que, a despeito da raiz romano-germânica do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância – um desafio e tanto para um ordenamento jurídico que dispõe de pouca tradição no assunto e de baixa adesão aos precedentes judiciais de um modo geral. Por que se optou por seguir esse caminho?

4 TRÊS RAZÕES PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência³³. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos

33 V., nessa linha: voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação 4335, rel. Min. Gilmar Mendes. Cf., ainda: MELLO, op. cit., p. 69-74; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo: Revista do Tribunal, jun. 2009, p. 121; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 121-126; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência instável e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433-471.

tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram.

Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica³⁴: a produção de decisões díspares, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal.

A busca por conferir maior eficiência ao Judiciário não é nova. No final da década de noventa, a questão era já identificada como uma prioridade pela sociedade e resultou na aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, que ficou conhecida como *Reforma do Judiciário*. Esta emenda criou o Conselho Nacional de Justiça, com competências para exercer o controle sobre a atuação administrativa e financeira dos tribunais, bem como sobre o cumprimento dos deveres funcionais pelos magistrados. Além disso, como já mencionado, inseriu no sistema a súmula vinculante e a exigência de repercussão geral. Posteriormente, diversas leis instituíram procedimentos especiais para o julgamento de recursos repetitivos no STF, no STJ e no TST, como registrado acima.

O novo Código constitui mais uma etapa deste esforço de melhorar o funcionamento do Judiciário: de tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz. Esses foram os propósitos e os valores que levaram à criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015.

6 CATEGORIAS FUNDAMENTAIS PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES

O que significa, contudo, dizer que os “precedentes” ou a “orientação” firmada pelas cortes devem ser obrigatoriamente observadas pelas cortes inferiores? Quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão

34 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001. p. 108-128.

a solução de novos casos e em que medida? Como se devem tratar casos que se assemelham àqueles já julgados, mas que possuem particularidades que impõem o enfrentamento de questão jurídica específica? Esses temas, que são relativamente novos para um país de raiz romano-germânica, já foram amplamente debatidas pelos países de *common law*. Em tais ordenamentos, a operação com precedentes normativos envolve a utilização de três conceitos cuja compreensão é essencial também para a aplicação do sistema de precedentes no Brasil. São eles: *ratio decidendi* ou *holding*, *obiter dictum* e distinção entre casos (*distinguishing*).

5.1 Ratio Decidendi

A noção de *ratio decidendi* ou de *holding* é fundamental para a argumentação jurídica e construção de decisões com base em precedentes. Ainda assim, mesmo nos países da tradição do *common law*, sua delimitação constitui tema tormentoso. A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros. Há grande divergência na doutrina sobre o método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre o alcance ou a abrangência que lhe deve ser conferida³⁵.

Segundo um primeiro método, denominado *fático-concreto*, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X. Para o método *fático-concreto*, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão. A utilização do método

35 ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do common law. Tradução de Maria Cristina Zuechi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998; MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988. p. 372-376; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988. p. 763-766; RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK; SUMMERS, (org.), op. cit., p. 355-406; RORIVE, Isabelle. La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du Stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'Accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 807; MELLO, p. cit., p. 118-131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

fático-concreto tende a ensejar a elaboração de *holdings* bem restritivos e presos às particularidades do caso, o que pode não favorecer uma abordagem sistemática do direito. Além disso, a própria compreensão de quais são os fatos relevantes de um caso – para definir o comando emergente da decisão – pressupõe considerar o que a corte disse e compreender minimamente as razões que a levaram a tal avaliação.

De acordo com o método *abstrato normativo*, quando o tribunal decide uma ação, ele produz a solução para o caso concreto e, ao mesmo tempo, decide como serão julgados os casos futuros semelhantes. Portanto, sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nessa hipótese, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que funcionou como pressuposto para a solução concreta alcançada pelo tribunal e com que nível de generalidade a corte pretendeu afirmá-los.

Quanto mais genérica for a *ratio decidendi*, maior o número de casos que serão regidos por ela. Por outro lado, a formulação da *ratio* em termos muito amplos pode tornar seu comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser sequer consideradas. Nesta medida, a perquirição sobre qual foi o conjunto de fatos sobre os quais se erigiu a solução do caso, proposta pelo método fático-concreto, pode ser fundamental para evitar a afirmação de um precedente abrangente demais.

O exemplo clássico utilizado pela doutrina para ilustrar a situação acima corresponde ao precedente proferido em *Donoghue v. Stevenson* (1932). A demanda neste caso teve por pano de fundo o fato de que a autora entrou em um bar e ali comprou e consumiu o conteúdo de uma garrafa opaca de *ginger beer*; até verificar que havia uma lesma morta dentro dela. Na sequência, a autora contraiu gastroenterite severa e sofreu danos em virtude do incidente. Por isso, postulou uma indenização em face do produtor. A corte condenou o produtor a indenizar a autora porque entendeu que ele tinha o dever de controlar a qualidade do seu produto e que era previsível que a omissão no cumprimento deste dever poderia gerar danos a seus consumidores. A partir destes fatos, o *holding* da decisão poderia ser formulado, de forma bem restritiva, nos seguintes termos: “sempre que bebidas contaminadas, acondicionadas em garrafas opacas, gerarem danos a quem consumi-las, seu produtor estará obrigado a indenizar os prejudicados”.

O *holding* poderia, ainda, ser formulado em diferentes níveis de generalidade, para estabelecer que: sempre que o produtor de alimentos

gerar danos ao consumidor, por falha no dever de controlar a sua qualidade, estará obrigado a indenizá-lo; ou sempre que um produtor de qualquer bem ou o fornecedor de qualquer serviço gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo; ou sempre que o produtor de bens ou o fornecedor de serviços, inclusive de bens imóveis, gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo; ou, por fim, qualquer um que gere dano a outrem está obrigado a indenizar.

Algumas formulações acima seriam aceitáveis como *holding*. Outras, claramente exorbitariam do entendimento realmente afirmado pela corte para decidir. Por isso, ambos os métodos - fático-concreto e abstrato-normativo - são fundamentais para chegar a uma formulação adequada da norma emergente do precedente. A identificação da *ratio decidendi* pressupõe, em verdade, a avaliação de alguns aspectos essenciais: i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução determinada pela corte. Em tribunais em que a definição da decisão se dá pelo sistema de votação em série é preciso identificar qual foi a posição adotada pela maioria dos julgadores sobre tais aspectos. Com base nessas considerações, afirma-se que a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria.³⁶

Frise-se: a *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão. Essa diferença sutil foi objeto dos debates travados durante o julgamento da ADI 4697, quando parte do pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se a aprovar, como tese afirmada no julgamento, a proposição segundo a qual é constitucional a lei que delega a fixação da anuidade aos Conselhos Profissionais, desde que determine o seu limite máximo e defina parâmetros para a sua gradação. No caso, o fundamento da decisão era a compatibilidade da delegação da competência para definir tal anuidade com o princípio da legalidade, na medida em que a lei delimitava ao menos seu teto e critérios mínimos de escalonamento³⁷.

5.2 Obiter Dictum

Quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da

36 Desde que ingressou no Supremo Tribunal Federal, em 26 de junho de 2013, um dos co-autores deste trabalho tem defendido que a Corte, ao final de todo julgamento, proclame de modo expresso a tese jurídica que embasou a decisão. A ideia tem ganho adesões.

37 V. ADI 4697, rel. Min. Edson Fachin, sessão plenária de 30.06.2016. Entretanto, o julgamento não chegou a se encerrar em razão do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio.

corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Diz-se, então, que constituem *obiter dicta* ou considerações marginais estranhas à decisão do caso. Isso ocorre porque o *judge made law* pressupõe a atuação jurisdicional pelo poder Judiciário e encontra limites nas mesmas regras e princípios que regem esta atividade³⁸. Para produzir um precedente vinculante é preciso, antes, respeitar os princípios da inércia da jurisdição e da congruência (o pedido formulado é o limite da decisão)³⁹.

O exame de um caso específico não abre caminho a que o Judiciário se manifeste e decida toda e qualquer questão relacionada àquela que é o objeto do feito, mesmo que seja dispensável o seu enfrentamento para julgá-lo. O Judiciário só age mediante provocação e aprecia as questões nos limites em que postas pela ação que é chamado a decidir. A partir de suas decisões concretas, produzidas no exercício da tutela jurisdicional, pode-se extrair uma norma que, além de permitir a decisão do caso específico, possibilitará a decisão de outros casos semelhantes. Se determinado entendimento não é necessário a solucionar o caso concreto e, portanto, se é produto de mera especulação em tese, tal entendimento não constitui *judge made law*.

Além disso, quando uma corte decide indevidamente questão desnecessária à solução do caso concreto, ela decide a matéria sem que um verdadeiro contraditório tenha se firmado sobre o assunto. As partes não a debatem porque entendem que ela não é necessária ou pertinente para a solução do seu caso. Por consequência, a corte decide com um nível inadequado de informação sobre o assunto, sem ser exposta aos aspectos favoráveis e contrários a uma tomada de posição em determinado sentido ou a suas consequências.

Uma decisão proferida nessas condições é frágil, baseada em uma visão incompleta da questão e, portanto, mais sujeita ao erro. Não será surpreendente se o tribunal, a breve termo, tiver de superar ou alterar seu entendimento a respeito do assunto, gerando justamente a instabilidade que um sistema de precedentes deseja combater. Atribuir caráter normativo às decisões proferidas em tais condições importaria em violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

38 NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004. p. 65-110; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. v. 1, New York: Foundation Press, 2000. p. 311 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184-186.

39 CPC/2015: “Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”; “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

A mesma lógica aplica-se quando um determinado fundamento para decidir foi acolhido apenas por uma minoria de membros da corte. As regras que presidem o processo de decisão em um colegiado determinam que este decide por maioria. Portanto, um fundamento que não tem a adesão da maioria não se presta à produção de uma *ratio decidendi*. E, de fato, é possível que nenhum fundamento seja acolhido pela maioria e que essa só convirja sobre a solução a ser dada a um caso, mas não sobre as razões que levam a tal solução. Nesta hipótese, parte considerável da doutrina entende que a decisão não gerará um precedente vinculante para o julgamento de casos futuros⁴⁰.

Essas considerações não significam, contudo, que os *obiter dicta* não tenham relevância jurídica. Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem - enquanto *dicta* - orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros.

5.3 Distinção Entre Casos (Distinguishing)

Um terceiro conceito muito importante para a operação com precedentes diz respeito à distinção entre casos – o *distinguishing*, tal como concebido pelo *common law*⁴¹. É que a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção.

Quatro elementos essenciais devem ser examinados e confrontados para avaliar a semelhança entre dois casos para fins de aplicação (ou não) de um precedente: i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores

40 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

41 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; SUMMERS, op. cit., p. 390-394; SCHAUER, op. cit., p. 571-605; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary, Minneapolis*, v. 6, p. 69-85, 1989; FINE, p. cit., p. 247-258; MELLO, op. cit., p. 202-209; SILVA, Celso de Albuquerque. *Efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247-258.

e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso. Quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência a que normas diferentes incidam na nova causa e, por consequência, que esta coloque uma questão de direito diferenciada. Nessa hipótese, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente possivelmente serão insuficientes para decidir a nova ação.

O *distinguishing* é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação são semelhantes e mereceriam o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar a existência de peculiaridades de fato ou de argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente.

Nota-se, assim, que a *ratio decidendi* dos precedentes está sempre se redefinindo em alguma medida. Cada novo caso que a aplica pode ampliar o seu alcance. E os casos em que se produz uma distinção restringem a incidência de seu *holding*, excluindo-a em determinadas situações. Por isso, se afirma que o *judge made law* dá ensejo a um desenvolvimento incremental do direito. Cada nova ação, cada novo caso, acrescentam um *plus* de determinação e de detalhamento ao sistema.

6 CATEGORIAS IMPORTANTES PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES NO BRASIL

6.1 Eficácia (não) Transcendente dos Motivos Determinantes: Como Fica?

Uma das primeiras discussões relevantes sobre a forma de operar com precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro envolveu o debate travado sobre a eficácia transcendente da fundamentação em sede de controle concentrado. Discutiu-se, então, basicamente: i) se os efeitos vinculantes produzidos pela decisão se limitavam à norma declarada inconstitucional e, portanto, ao dispositivo do acórdão; ou ii) se se estendiam também aos seus motivos determinantes.

A análise da questão tinha por pano de fundo a seguinte situação. Uma instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho – a Instrução Normativa nº 11/1997 do TST – determinara a realização de sequestro para fins de pagamento de precatório, caso a respectiva verba não fosse

incluída no orçamento ou caso houvesse pagamento a menor do crédito, sem a devida atualização ou fora do prazo legal (itens III e XII da instrução). A norma do TST teve a sua constitucionalidade questionada nos autos da ADI 1662, sob o fundamento de que o art. 100, §2º, da Constituição, só autorizava a realização de sequestro para pagamento de precatório em caso de preterição do direito de precedência dos credores, de forma que a aludida resolução criava novas hipóteses de sequestro em norma constitucional expressa⁴².

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação direta procedente⁴³. O dispositivo do acórdão afirmou a inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 11/1997 do TST. O fundamento determinante da decisão foi de que não era possível ordenar o sequestro em qualquer hipótese diversa daquela de preterição do direito de precedência do credor porque a Constituição optou por conferir tratamento restritivo à matéria. Outros argumentos utilizados no voto do relator diziam respeito ao fato de que os sequestros eram realizados sem que se assegurasse o direito do poder público ao contraditório e à ampla defesa e que acabavam por gerar preterição no direito de precedência de outros credores.

Pouco tempo mais tarde, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 10ª Região determinou o sequestro de verba para pagamento de precatório em hipótese diversa daquela prevista no art. 100, §2º, da Constituição, mas sem usar como base para a decisão a Instrução Normativa nº 11/1997 do TST, declarada inconstitucional na ADI 1662. O governador do Distrito Federal ajuizou, então, uma reclamação, perante o STF, alegando que o ato do TRT violara a autoridade da decisão proferida da ADI 1662⁴⁴.

O caso dividiu a Corte. A maioria entendeu, ao julgar a Reclamação 1987, que os efeitos vinculantes e gerais produzidos pelas decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade abrangiam

42 O art. 100, § 2º, da Constituição, em sua redação original, estabelecia: "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem *cronológica de apresentação dos precatórios* e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...] § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito" (grifou-se).

43 STF, Pleno, ADI 1662, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 19.09.2003.

44 STF, Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 21.05.2004.

não apenas o dispositivo da decisão, referente à inconstitucionalidade de uma determinada norma, mas também o que se chamou de motivos determinantes do julgado. *Tais motivos determinantes correspondiam, em verdade, à interpretação constitucional adotada pela Corte* como a premissa necessária para decidir sobre a validade da norma impugnada.

Assegurar a observância dessa interpretação era importante, na visão da maioria, para garantir a força normativa da Constituição e o respeito à competência do Supremo como corte constitucional⁴⁵. Por isso, entendeu-se cabível a reclamação contra qualquer ato que determinasse o sequestro de verba para pagamento de precatório em hipótese diversa daquela de preterição da ordem de precedência – *tese jurídica* afirmada na ADI 1662.

É notório, contudo, que a expressão eficácia transcendente dos motivos determinantes não oferecia uma descrição precisa do que o STF realmente havia decidido na Reclamação 1987. A compreensão da operação com precedentes à época era ainda muito incipiente. Mas, à luz das categorias utilizadas pelo *common law*, nota-se que o que restou afirmado na aludida reclamação foi apenas que a *ratio decidendi* do acórdão proferido na ADI 1662 também vinculava as demais instâncias.

A decisão não foi unânime⁴⁶. Entre os ministros que restaram vencidos destacou-se o Ministro Marco Aurélio, contrário à atribuição de efeitos vinculantes e gerais à exegese afirmada pela Corte, e não apenas ao dispositivo da decisão. Segundo ele, tal linha de entendimento abria desmedidamente o acesso direto à jurisdição do STF por meio de reclamação, o que poderia

45 Confira-se trecho da ementa do julgado: “3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a *violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante*. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. *Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados*, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente” (grifou-se).

46 Ficaram vencidos o Ministro Ayres Britto e o Ministro Marco Aurélio. Manifestaram-se favoravelmente à eficácia transcendente dos Ministros Gilmar Mendes, Celso Mello, Cezar Peluso, Nelson Jobim e Maurício Correia. O Ministro Carlos Velloso votou com a maioria, mas afirmou expressamente, durante os debates, que os fundamentos da decisão não vinculavam.

impactar negativamente a viabilidade do Tribunal. Confira-se, a esse propósito, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Não posso, Senhor Presidente, caminhar nesse sentido, potencializando, a mais não poder, o aspecto prático; potencializando a autoridade dos julgados desta Corte e até mesmo, e já foi ressaltado, engessando o próprio Direito no que vindo à baila novos atos normativos, como foi o caso quanto à Emenda nº 30, se terá sempre o caminho aberto para se chegar *per salto* ao Supremo Tribunal Federal, com a reclamação, a partir da premissa de que o ato praticado desrespeitou fundamento de um julgado da Corte. Não sei onde vamos parar em termos de inviabilização do próprio Supremo Tribunal Federal. (Grifou-se)

A discussão sobre a eficácia transcendente dos motivos determinantes foi reaberta, então, nos autos da Reclamação nº 4.219, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. O relator suscitou, como questão de ordem, a impossibilidade de se aplicarem as conclusões da ADI 2.602, referente a uma norma do Estado de Minas Gerais, para cassar, por meio de reclamação, ato administrativo praticado pelo Estado de São Paulo, ainda que pelos mesmos fundamentos. A reclamação não chegou a ter a apreciação de mérito concluída porque perdeu seu objeto, em razão da morte do reclamante.

No entanto, foram proferidos cinco votos pelo seu não conhecimento e quatro pelo conhecimento⁴⁷, ficando pendentes apenas os votos da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Marco Aurélio. Como este último tinha entendimento firme contra a eficácia transcendente e bastava um voto para formar a maioria pelo não conhecimento, mesmo que o julgamento desta reclamação não tenha chegado ao fim, prestou-se para sinalizar a inclinação da Corte no sentido de abandonar o entendimento originalmente afirmado na Reclamação 1987. A partir de então, foi se consolidando, no Supremo Tribunal Federal, a tese oposta, que rejeitou a eficácia transcendente dos motivos determinantes⁴⁸.

47 Votaram pelo não conhecimento da reclamação os Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cármen Lúcia. Havia, contudo, duas questões de ordem quanto ao cabimento da reclamação. Apenas uma delas versava sobre a eficácia transcendente. Votaram pelo conhecimento da reclamação os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

48 STF, Primeira, Rel 21884 AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe, 11.04.2016 ; Primeira, Rel 6416 AgR-ED, rel. Min. Luz Fux, DJe, 11.09.2014; Primeira, Rel 11477 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 30-08-2012; Pleno, Rel 3294 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 29.11.2011; Pleno, Rel 3014, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 21-05-2010.

Entretanto, esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação.

6.2 Tese Vinculante, Questão de Direito, Fundamentos Determinantes e Distinção no CPC/2015

O Novo Código de Processo Civil acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito estrangeiro, já descritas acima⁴⁹. Determinou, em primeiro lugar, que o teor vinculante do precedente, a ser observado pelas demais instâncias, corresponderá à tese jurídica afirmada pela corte ao decidir⁵⁰. O conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*, já aludido. A tese jurídica constitui uma descrição da interpretação constitucional produzida pela Corte como uma premissa necessária à decisão. Não se confunde com os próprios fundamentos da decisão, embora estes sejam importantes para determinar-lhe o teor e o alcance.

Tanto é assim que o CPC/2015, implicitamente, diferencia os dois conceitos – tese e fundamentos – prevendo, por exemplo, que a aplicação da tese vinculante pressupõe a demonstração de que os motivos que determinaram a sua afirmação estão presentes igualmente no novo caso⁵¹. O novo Código estabelece, ainda, que o registro eletrônico das

49 MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015. p. 41-54; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 872-876.

50 CPC/2015, art. 988, § 4º: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; § 4o *As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam*”. No caso da repercussão geral: “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os *decidirão aplicando a tese firmada*” (grifou-se).

51 CPC/2015, art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, *sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (grifou-se).

teses jurídicas constantes do cadastro de julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos a ela relacionados, de forma a permitir “a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente”⁵². Tese e fundamentos determinantes são, assim, conceitos distintos para o novo Código.

O CPC/2015 acolhe, ainda, a concepção de que os casos se identificam ou se diferenciam com base: i) nos seus fatos relevantes, ii) na questão jurídica que submetem à decisão dos tribunais e iii) nos fundamentos adequados para enfrentá-la e respondê-la. Assim, a nova norma processual admite que fatos diferentes podem ensejar o debate sobre questões jurídicas diversas⁵³. E prevê que um precedente só deve ser aplicado quando o caso subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada no primeiro⁵⁴ e desde que os fundamentos utilizados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Do contrário, deve-se proceder à distinção entre os casos, tal como ocorre no *common law*⁵⁵.

52 CPC/2015, art. 979: “A instauração e o julgamento do incidente [de resolução de demandas repetitivas] serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. [...] § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (grifou-se).

53 CPC/2015, art. 966: “§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de *distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento*. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, *tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica*” (grifou-se).

54 CPC/2015, art. 985: “Julgado o incidente [de resolução de demandas repetitivas], a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”; art. 987: “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a *tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito*” (grifou-se).

55 CPC/2015, art. 966, §5º (supra); art.1037: “§ 9º Demonstrando *distinção* entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. [...] § 12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único” (grifou-se).

7 PRIMEIRAS NOTAS SOBRE DIFICULDADES A SEREM SUPERADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA OPERAÇÃO COM PRECEDENTES VINCULANTES

As considerações efetuadas até aqui demonstram que a operação com precedentes não comporta uma atuação mecânica e automática do juiz, tampouco prescinde de uma sofisticada atuação interpretativa. Cada precedente precisa ser cuidadosamente examinado, tanto para que se possa compreender adequadamente a sua *ratio decidendi* quanto para que se possa fazer seu confronto com eventual novo caso, que poderá (ou não) ser decidido com base nesta *ratio*. Esta análise pressupõe o manejo de categorias cujo alcance pode ser controvertido até mesmo no *common law*, com as quais não se tem ainda familiaridade no Brasil. Portanto, não é pequeno o desafio posto pelo CPC/2015 às cortes ou ao Supremo Tribunal Federal.

7.1 Diferenciação entre Ratio Decidendi e Obiter Dictum

Um caso julgado pelo STF ainda sob a vigência do CPC/1973 é bem ilustrativo das possíveis dificuldades que serão enfrentadas pelo Tribunal (e provavelmente também pelas demais cortes) nos primeiros momentos de implementação do CPC/2015. Nos autos do RE 669.069, a União insurgiu-se contra acórdão que afirmara a prescrição de sua pretensão de se ressarcir por prejuízos gerados por um particular em um acidente de trânsito. O fato ocorreu em 1997, ao passo que a ação foi proposta apenas em 2008, transcorridos mais de onze anos do evento danoso. A União alegou, em sua defesa, que as ações de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública eram imprescritíveis, em virtude do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição:

Art. 37 [..]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (Grifou-se)

A Corte reconheceu a existência de repercussão geral no caso, formulando a questão posta pelo recurso extraordinário com o seguinte teor:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance

da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

O relator, Ministro Teori Zavascki, iniciou seu voto defendendo que a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento por danos ao erário público, com base no art. 37, § 5º, da Constituição, seria um entendimento estremado e sistematicamente incompatível com o ordenamento constitucional. Isso porque, a se defender tal orientação, as próprias execuções fiscais seriam imprescritíveis, já que a não satisfação de tributos constituiria ato ilícito causador de dano ao erário público. No entendimento do relator, não haveria justificativa para conferir tratamento tão gravoso a todo e qualquer dano, independentemente do grau de reprovabilidade do ato que o gerou. Também segundo ele, a prescritibilidade é a regra em nosso ordenamento, de modo que a imprescritibilidade deveria estar expressa na Constituição e ser objeto de interpretação restritiva.

Com base nesses fundamentos, o relator defendeu que a ressalva final do art. 37, § 5º, da Constituição, deveria ser interpretada conjuntamente com o § 4º do mesmo art. 37, que previa que os atos de improbidade administrativa importariam na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, e sem prejuízo da ação penal cabível. Segundo a interpretação proposta pelo Ministro, seriam imprescritíveis apenas as ações de reparação de danos gerados por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública, danos estes pertinentes a ilícitos dotados de alto grau de reprovabilidade em sua opinião.

Uma vez defendida tal interpretação e a partir dela, o Ministro Teori Zavascki concluiu que o caso concreto deveria ser julgado desfavoravelmente à União porque, não se tratando de ato de improbidade administrativa ou de crime contra a administração, não haveria de se falar em imprescritibilidade da ação de reparação. Propôs, assim, a adoção da seguinte tese: “A imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Esse foi, portanto, o raciocínio percorrido pelo relator: i) primeiramente, definiu a interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição, premissa maior; ii)

posteriormente, aplicou-a ao caso concreto, premissa menor; e, por fim, iii) decidiu o recurso⁵⁶. *Tal raciocínio partia, portanto, do conteúdo mais amplo – o texto da norma – para o conteúdo mais específico – o caso concreto –*, como é de praxe nos países cujo direito possui raiz romano-germânica.

Veja-se, contudo, quais eram os fatos relevantes postos pela demanda: o caso versava sobre acidente automobilístico. A questão jurídica que precisava ser resolvida para que o recurso extraordinário fosse decidido era inequivocamente menor. Dizia respeito à prescritibilidade da ação para ressarcimento de dano decorrente de colisão de veículos. A discussão sobre os ilícitos de improbidade era absolutamente prescindível para a solução do caso. Era, ainda, irrelevante para o recorrido, que não praticara ato de improbidade. Importava apenas à União. Não havia, portanto, no feito, quem tivesse interesse em defender a prescritibilidade das ações para ressarcimento de atos de improbidade. Caso se adotasse a proposta do relator, eventual definição de entendimento a este respeito ocorreria, assim, sem que o assunto pertinente ao ilícito de improbidade administrativa tivesse sido sequer debatido.

Tratava-se, ainda, de matéria altamente controvertida não apenas na Corte – como os debates do caso deixaram claro – como também na doutrina. A título ilustrativo e como mencionado nos debates havidos entre os ministros, Celso Antônio Bandeira de Mello, administrativista de referência para muitas gerações, que já defendera a imprescritibilidade das ações para ressarcimento de danos emergentes de improbidade administrativa, reconsiderou seu entendimento, passando a afirmar a prescritibilidade das ações de ressarcimento também neste caso, por entender que a imprescritibilidade poderia frustrar, na prática, o exercício do direito de defesa do acusado. A seu ver, nenhum particular guardaria a documentação necessária ao exercício de tal direito além de um período razoável, não demasiadamente longo, ao passo que o Estado teria condição de guardá-la por prazo muito superior.

Além disso, segundo o autor, quando a Constituição quis estabelecer a imprescritibilidade ela o fez expressamente e sempre em matéria penal, matéria esta cuja discussão não ultrapassaria o prazo de duração da vida do acusado. Entretanto, a obrigação de indenizar o erário por ato de improbidade poderia passar aos descendentes e, por consequência, estender-se indefinidamente, se acolhida a imprescritibilidade da ação de

⁵⁶ Este aspecto fica muito claro no quarto parágrafo do voto do relator, quando afirma: “Estabelecida a tese, cumpre concluir o julgamento do caso concreto”. Primeiro, o significado do dispositivo constitucional foi apreciado. Definiu-se a sua interpretação, como se fazia tradicionalmente com as leis, a partir dos métodos da hermenêutica clássica (interpretação literal, lógica, sistemática, teleológica). Só depois disso é que se passou à situação objeto do recurso.

ressarcimento. Esses argumentos, indiscutivelmente relevantes, não haviam sido sequer suscitados ou enfrentados no processo justamente porque, como já observado, ele não versava efetivamente sobre esta matéria⁵⁷.

Ora, de acordo com as categorias examinadas acima, se a discussão sobre a imprescritibilidade das ações para ressarcimento de danos decorrentes de improbidade administrativa era desnecessária para a decisão do caso concreto, toda e qualquer consideração efetuada a respeito desta tese constituía mero *obiter dictum*. Mesmo que constasse da fundamentação, não correspondia à questão jurídica posta pelo caso. Não poderia, por isso, compor a tese de direito afirmada na decisão, sob pena de se violarem os princípios da inércia da jurisdição, da congruência, do contraditório e do devido processo legal. Nesse sentido, a aplicação do método-fático concreto de delimitação do *holding* teria auxiliado a compreensão crítica do quanto a Corte estava se distanciando da causa que efetivamente tinha que julgar. O fato “dano decorrente de acidente automobilístico” em nada se aproximava do fato “dano decorrente de improbidade administrativa”.

Decidir sobre a imprescritibilidade das ações de reparação por danos decorrentes de ato de improbidade, neste contexto, poderia ser, ainda, uma má estratégia de decisão. Não se tendo formado um amplo contraditório sobre a matéria, a Corte apreciaria a questão sem reunir uma massa de informações que lhe permitisse conhecer e enfrentar todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao entendimento que viria a afirmar. Não seria surpreendente, por isso, se mais adiante novos argumentos a obrigassem a abrandar ou até mesmo a superar o entendimento firmado, trazendo um fator de instabilidade para o sistema.

Na verdade, as dificuldades encontradas pelo STF no julgamento do RE 669.069 são comumente enfrentadas pelas cortes do *civil law*. A preocupação de julgar a matéria de forma ampla e sistemática, a maior dificuldade em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum* e o raciocínio por dedução são algumas características usuais que marcam a atuação dos tribunais do sistema romano-germânico com precedentes, segundo a literatura comparada⁵⁸.

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1064-1065.

58 Como esclarecem MacCormick e Summers: “Generalizando, os precedentes [nos países do *civil law*] são comumente concebidos como uma ferramenta que abrigará normas abstratas, e é geralmente a tais normas que interpretam um código ou uma lei escrita que se atribui força vinculante sobre casos futuros”; e, mais adiante: “no que respeita à metodologia empregada pelo *civil law*, não há tradição em diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dicta*” (MACCORMICK; SUMMERS, (org.), op. cit., p. 536-537, livre tradução).

A lógica do *judge made law* é, contudo, a inversa. Nela, a norma é gerada por um raciocínio *indutivo*. Primeiro, decide-se o caso concreto. Depois, infere-se dele a tese universalizável que permitirá a solução de casos idênticos no futuro. No *judge made law* e, portanto, na formulação de um precedente normativo, *o julgamento começa pela premissa menor*. Apenas depois de decidida esta, passa-se à formulação da proposição maior. Quando o tribunal define a tese, torna genérica a orientação que solucionou o caso concreto, de forma a que possa servir de norte para a decisão de casos semelhantes. De todo modo, esses aspectos não passaram despercebidos pela Corte, tendo-se observado:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – [...]. Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidi a demanda posta. Portanto, *acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescribibilidade se impõe*, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, *foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema*, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela *não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo*. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E *eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos*. [...]. (Grifou-se)

Diante dessas ponderações e depois de um longo debate, o Supremo Tribunal Federal optou por não incluir na tese firmada em repercussão geral o entendimento sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa. Afirmou-se como orientação decorrente do julgado que: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

No entanto, os prejuízos de se ter delimitado preliminarmente a questão jurídica a ser decidida em repercussão geral de forma tão abrangente estavam claros: um rol amplíssimo de casos fora sobrestado em segundo grau de jurisdição e aguardou, por anos a fio, o julgamento da Corte. Todavia, esta, até por ter reconhecido, posteriormente, a amplitude

excessiva conferida à questão, não a decidiu em toda a sua extensão. Muito provavelmente, entre os casos sobrestados existiam aqueles que versavam sobre ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade ou de crime contra a administração, nos quais se perderam anos à espera de um pronunciamento do STF que não veio - um mau resultado em termos de razoável duração do processo⁵⁹.

Essas considerações demonstram, portanto, que um primeiro desafio a ser enfrentado pelo STF na implantação do sistema de precedentes normativos criado pelo Novo Código, liga-se ao esforço em diferenciar, com maior precisão, *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por consequência, em delimitar adequadamente a questão jurídica suscitada pela ação. Além disso, a Corte precisará enfrentar um segundo desafio, que diz respeito à definição do nível de generalidade com que formulará as suas teses. Como se verificará a seguir, discutir o nível de generalidade da tese de direito ou da *ratio decidendi* é diferente de incluir na *ratio* questão jurídica que o caso não coloca, como apontado acima.

7.2 Determinação do Nível de Generalidade da Tese de Direito

No caso em exame, mesmo depois de se ter descartado produzir uma tese que tratasse sobre a (im)prescritibilidade das ações de reparação por ato de improbidade administrativa, restaram ao menos duas opções de tese. Podia-se afirmar que: i) “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de acidente automobilístico”; ou que ii) “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

O dilema quanto ao nível de generalidade a ser adotado na formulação da tese vinculante no RE 669.069 é semelhante àquele narrado acima sobre o nível de generalidade que se poderia hipoteticamente atribuir ao *holding* do caso *Donoghue v. Stevenson* (1932). Definir a tese de forma mais restritiva importaria que a doutrina sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento fosse construída de forma gradual. Cada nova ação reconhecida como prescritível pelo Judiciário expandiria o precedente e, ao final de certo período, diversas pequenas teses possibilitariam a determinação de um entendimento mais amplo sobre o assunto.

59 Confira-se, nesse sentido, o que ponderou o Ministro Luiz Fux durante os debates: “Eu posso garantir a Vossa Excelência que essa repercussão geral trava todas as ações de reparação em razão de improbidade administrativa. O STJ é o intérprete da legislação infraconstitucional. Nunca recebemos uma ação de indenização por colisão de veículo antes de discutir isso. Nunca. Em dez anos, nenhuma. Todas elas em relação à improbidade”.

Formular a tese diretamente de maneira mais ampla, por outro lado, pressupunha alguma convicção de que os danos decorrentes de acidentes de veículos e dos demais ilícitos civis em geral são similares e não guardam particularidades que possam impedir a absorção de todas as espécies na categoria “ilícito civil”. Era importante, ainda, que fosse bem clara a delimitação desse conceito e, portanto, do conjunto de fatos e de ilícitos que a ele se subsumem. Caso contrário, a *ratio decidendi* mais abrangente teria pouca utilidade prática, ensejaria muitas distinções por parte das cortes vinculadas e ainda abriria caminho amplo para a discussão do assunto por meio de reclamação.

Quando se opta por uma tese mais restritiva, assumem-se os ônus de uma orientação subinclusiva: persistência, em alguma proporção, de insegurança jurídica, de tratamento desigual e de litigiosidade envolvendo o tema. Quando a escolha recai sobre a tese mais ampla, incidem os riscos de uma tese superinclusiva: a produção de muitas distinções pelas cortes vinculadas e, por consequência, até que a matéria retorne ao tribunal vinculante, mais uma vez, insegurança jurídica, desigualdade e litigiosidade.

Por isso, não há necessariamente uma melhor opção *a priori* entre teses restritivas e teses um pouco mais abrangentes. É razoável que a discussão sobre o nível de generalidade ocorra caso a caso. Há questões e domínios do direito em que as teses mais restritivas atenderão melhor e outros em que teses um pouco mais abrangentes se mostrarão adequadas. Entretanto, a questão apresenta uma dificuldade adicional no caso do sistema de precedentes vinculantes brasileiro, relacionada ao cabimento de reclamação.

7.3 Prevenção Contra uma Explosão de Reclamações

A reclamação é uma ação que tem por objetivo preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade das suas decisões. É proposta diretamente perante a corte que teve o precedente desrespeitado, tramita independentemente de eventual recurso interposto contra a decisão reclamada e permite que esta seja imediatamente cassada⁶⁰. Por isso, se diz que as reclamações possibilitam o acesso *per saltum* às cortes vinculantes.

60 Não cabe, contudo, reclamação contra decisão transitada em julgado (CPC/2015, art. 988, §5º, I). Por isso, será necessário recorrer da decisão que desrespeita o precedente normativo, a fim de evitar o trânsito em julgado. Mas, em paralelo, pode-se ajuizar a reclamação diretamente no tribunal vinculante. A vantagem da reclamação é que, diferentemente do que ocorre no sistema recursal, em que será necessário acessar as diferentes instâncias até que a causa chegue ao STF, no caso da reclamação o descumprimento do precedente normativo será examinado diretamente pelo Supremo, possibilitando uma decisão célere pelo tribunal que tem a palavra final sobre o assunto.

Antes da entrada em vigor do CPC/2015, admitia-se a propositura de reclamação em hipóteses mais restritas: i) permitia-se seu ajuizamento pelas partes de um caso concreto, se a decisão nele proferida fosse descumprida; e ii) possibilitava-se a sua propositura, por qualquer prejudicado, em caso de desrespeito às súmulas vinculantes e aos acórdãos proferidos no controle concentrado, ambos precedentes normativos à luz do sistema anterior.

Nas duas últimas hipóteses, a reclamação poderia ser proposta tanto contra ato judicial quanto contra ato da administração pública que descumprisse a súmula ou o acórdão vinculante porque disposição constitucional expressa estabelece que os efeitos vinculantes e gerais produzidos nestes dois casos alcançam os demais órgãos do Judiciário e também a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁶¹.

Entretanto, no que se refere às decisões proferidas no controle concentrado e como igualmente demonstrado acima, o Supremo firmou posição no sentido de que a reclamação só seria possível quando o dispositivo da decisão proferida em ação direta fosse desrespeitado. Para que o STF acolhesse a reclamação, era necessário que a decisão reclamada tivesse dado tratamento diverso à mesma norma apreciada pelo Tribunal em ação direta. O Supremo não admitia reclamação para que o interessado se insurgisse contra o desrespeito à tese que serviu de base para a decisão proferida em ação direta.

O novo Código ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento das reclamações. Manteve sua utilização contra o desrespeito a súmulas vinculantes e a julgados proferidos em controle concentrado. E estendeu sua aplicação para o caso de descumprimento das decisões proferidas em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência. Nessas quatro hipóteses, previu seu cabimento inclusive para atacar decisão que deixe de aplicar a *tese de direito* fixada em cada qual desses precedentes normativos ou que a aplique de forma equivocada. O CPC/2015 autorizou, ainda, o ajuizamento de reclamação para assegurar o respeito às teses firmadas em recurso extraordinário com repercussão geral ou em recursos extraordinário e especial repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias. Confira-se a redação da norma:

61 CF, art. 102, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade *produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”; art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (grifou-se).

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Grifou-se)

Ressalvadas as súmulas vinculantes e as decisões proferidas em controle concentrado, os demais casos possibilitam o ajuizamento de reclamação contra decisões judiciais apenas.

De todo modo, não há dúvida de que se pretendeu, com a ampliação das hipóteses de cabimento de reclamações, utilizá-las para assegurar o respeito aos precedentes vinculantes. Em um país com pouca tradição neste sentido, o manejo desse instrumento demonstrou ser, de fato, essencial para tornar efetivo o novo sistema de precedentes que se procurou criar. Entretanto, é indiscutível que a admissão da reclamação com esta amplitude pode abarrotar o Supremo Tribunal Federal com essas demandas e acabar por frustrar a própria finalidade para a qual foi instituída, tornando lenta e ineficaz a cassação das decisões que descumpram os precedentes normativos.

O STF precisará, por isso, buscar mecanismos para fazer um uso racional desse instrumento. Entre esses mecanismos inclui-se um cuidado redobrado da Corte na formulação da tese que vinculará os casos futuros. A decisão acerca do nível de generalidade deve ter em perspectiva não apenas o entendimento jurídico que serviu de base para a decisão, mas igualmente os efeitos que gerará sobre a efetividade e sobre a viabilidade da própria jurisdição da Corte. Na dúvida, uma tese mais restritiva evita o excesso de reclamações; e nada impede que, percebido o impacto inicial do precedente, seu escopo venha a ser progressivamente ampliado pelo julgamento de novos casos, um *modus operandi* que é a essência do *judge made law*.

8 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil promoveu um grande avanço no reconhecimento do papel das decisões judiciais como fonte do direito e instituiu um sistema de precedentes vinculantes com amplitude e alcance inéditos para o país. A adequada operação desse sistema pressupõe uma exata compreensão das suas implicações e o domínio de algumas noções essenciais que se passa a resumir a seguir.

1. No Brasil, com a vigência da Constituição de 1988, iniciou-se uma longa e progressiva trajetória de valorização da jurisprudência e de atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes jurisprudenciais. Ilustram tal trajetória: a expansão do controle concentrado da constitucionalidade; a aprovação de diversas alterações ao CPC/1973, pelas quais se conferiu a certas decisões judiciais uma eficácia intermediária, para além dos casos em que foram proferidas; e, por fim, a aprovação do CPC/2015, que criou um novo sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e conferiu-lhe eficácia por meio do alargamento das hipóteses de cabimento de reclamação.

2. Os precedentes judiciais podem ser classificados, quanto à sua eficácia, em precedentes com eficácia persuasiva, precedentes com eficácia normativa e precedentes com eficácia intermediária. Os precedentes com eficácia persuasiva vinculam apenas as partes do caso em que foram proferidos. Os precedentes com eficácia normativa forte, no caso brasileiro, são aqueles cujo entendimento deve ser obrigatoriamente observado pelo Judiciário, sob pena de cassação da decisão por meio de reclamação. Os precedentes com eficácia intermediária foram identificados como uma categoria residual, que estará presente quando um entendimento judicial não tiver de ser obrigatoriamente observado, mas produzir efeitos para

além do caso em que foi afirmado; ou, ainda, quando tal entendimento tiver de ser observado, mas não for possível utilizar a reclamação para conferir efetividade a tal dever. Neste último caso, aludiu-se também a tais julgados como precedentes com eficácia normativa em sentido fraco.

3. Em um país sem tradição de respeito aos precedentes vinculantes, como é o caso do Brasil, a possibilidade de ajuizar reclamação diretamente na corte vinculante para provocar a cassação da decisão que desrespeita o precedente pode ser essencial para efetivamente assegurar-lhe tal eficácia normativa.

4. Durante a vigência do CPC/1973 predominaram, no Brasil, os precedentes com eficácia persuasiva e com eficácia intermediária. Apenas as súmulas vinculantes e os julgados proferidos em controle concentrado da constitucionalidade produziam efeitos normativos em sentido forte.

5. O CPC/2015 alterou esse quadro, estabelecendo como precedentes com eficácia normativa em sentido forte: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. O desrespeito a estes precedentes enseja a cassação da decisão divergente, por meio de reclamação.

6. Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. No caso brasileiro, buscou-se com o novo sistema de precedentes vinculantes superar a incerteza e a desigualdade decorrentes de decisões conflitantes em situações idênticas, um quadro de sobrecarga e de morosidade da justiça e de insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional.

7. São categorias fundamentais para a operação com precedentes vinculantes, a partir da literatura comparada, os conceitos de: i) *ratio decidendi* ou *holding*, ii) *obiter dictum* e de iii) distinção entre casos (*distinguishing*). São fundamentais, ainda, para a adequada compreensão de cada caso levado a exame judicial a análise dos seus fatos relevantes, da questão de direito posta pelo caso e dos fundamentos que conduziram a determinada decisão.

8. A *ratio decidendi* ou o *holding* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária

ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. Esse é o teor que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes. Sua identificação pressupõe a avaliação dos fatos relevantes da ação, da questão jurídica posta em juízo, dos fundamentos da decisão e da solução determinada pela corte.

9. Os *obiter dicta* equivalem aos argumentos não acolhidos pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, aos fundamentos não determinantes da decisão ou, ainda, a entendimentos ou comentários não diretamente necessários à solução do caso concreto. Esses elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros.

10. A distinção entre casos (*distinguishing*) deve ocorrer sempre que se demonstrar que a nova demanda apresenta peculiaridades de fato, suscita questão jurídica distinta e/ou não é perfeitamente solucionável com base nos fundamentos que justificaram a decisão do precedente. Em caso de distinção, não se aplicará a solução preconizada pelo precedente vinculante à nova demanda.

11. O CPC/2015 acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito comparado. Determinou, assim, que o teor vinculante do precedente corresponderá à tese firmada no julgamento (art. 988, III, IV e §4º c/c art. 987, §2º). Previu, também, que a tese não se confunde com os fundamentos da decisão, embora reconheça a importância destes para determinar o teor e o alcance daquela. O exame sistemático dos vários dispositivos que tratam do assunto permite a definição da tese como um conceito assemelhado ao conceito de *ratio decidendi* do *common law*, ou seja, como uma descrição do entendimento jurídico firmado pela corte como premissa necessária para a decisão do caso.

12. Se o CPC/2015 acolheu tal concepção de tese jurídica vinculante, inclusive em sede de controle concentrado da constitucionalidade, isso significa que, com a sua vigência, o entendimento do STF que rejeitava a eficácia transcendente da fundamentação precisará ser revisitado. É que a eficácia transcendente significa justamente atribuir efeitos vinculantes à *ratio decidendi* das decisões proferidas em ação direta. Mesmo que esse entendimento não fosse acolhido pelo STF no passado, o fato é que, ao que tudo indica, o novo Código o adotou.

13. Ainda segundo o CPC/2015, a distinção entre casos pressupõe um confronto: dos fatos relevantes de cada qual, das questões jurídicas que

suscitam e dos fundamentos adequados para enfrentá-las. Um precedente só deve ser aplicado quando o caso subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada no primeiro e desde que os fundamentos utilizados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Do contrário, deve-se proceder à distinção entre os casos, tal como ocorre no *common law* (art. 966, §5º, 985, §2º, c/c art. 966, §§ 9º e 12).

14. Alguns cuidados especiais precisam ser tomados na definição das teses jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, não se deve incluir nas teses questão de direito não suscitada pelo caso concreto ou cuja solução era desnecessária para a sua decisão. Esta postura preserva os princípios da inércia da jurisdição, da congruência, do contraditório e do devido processo legal. Decidir matéria estranha à causa em exame e atribuir-lhe efeitos normativos significa decidir com nível inadequado de informação e sem conhecer todos os argumentos pró e contra que a questão envolve, expondo-se a Corte ao erro e à instabilidade jurisprudencial.

As considerações acima são produzidas nos primeiros momentos da vigência do novo Código. As dificuldades em sua implementação e as consequências sistêmicas decorrentes da utilização de alguns de seus institutos ainda não se fizeram sentir. Portanto, trata-se de considerações iniciais, abertas a novas reflexões. Mas é tempo de a comunidade jurídica e os tribunais debruçarem-se sobre o CPC/2015, de se arriscarem em seu terreno pouco conhecido e de buscarem operacionalizá-lo. Um tempo de riqueza ímpar, em que se tem a oportunidade rara de mudar de paradigma na operação com precedentes judiciais e de alterar profundamente o nosso sistema. Uma oportunidade que não se deve perder.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles: v. 63, p. 1-64, nov. 1989.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553-673.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. Nova Iorque: Dover Publications, 2005.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do *Common Law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FINE, Toni M. O Uso do Precedente e o Papel do Princípio do *Stare Decisis* no Sistema Legal Norte-Americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London: v. 22, p. 117-124, 1959.

LLEWELYN, Karl N. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, p. 367-392, jan. 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518.

MARTINS, Yves Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 7-11, jan./mar. 1993.

MATTOS, Luiz Norton Baptista. O Projeto do novo CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 767-863.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas IUS*, v. 26, n.2, p. 41-55, jul./dez. 2015.

_____. Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC. *Jota*, 22.03.2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>>. Acesso em 15 jun. 2016.

_____. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informa o Legislativa*, Senado Federal, Brasília: v. 162, p. 149-168, 2004.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York: v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência instável e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433-471.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Processo*, São Paulo: v. 19, n.73, p.47-54, jan./mar. 1994.

RORIVE, Isabelle. La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du *Stare Decisis* dans le Contexte d'une Réflexion sur l'Accélération du Temps Juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'Accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 801-836.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 253-291.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo: n. 75, p. 5-20, jul./set. 1985.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

_____. Rules, the Rule of Law, and the Constitution. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-405.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997. p. 141-187.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. v. 1, New York: Foundation Press. 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, São Paulo: Revista do Tribunais, jun. 2009.