



PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Adriana Fasolo Pilati Scheleder¹

RESUMO

O novo modelo processual previsto no CPC/2015 trouxe consigo a previsão do sistema de precedentes. Por conseguinte, surgiu a necessidade de redefinição de termos usualmente tratados no Brasil, objetivo da presente pesquisa. Através da abordagem dedutiva e da técnica bibliográfica, infere-se que os precedentes consistem em uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em caso sucessivos em função da identidade. No sentido técnico-processual, significam a decisão individualizada de um caso concreto, extraindo-se desta uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento. Jurisprudência, por sua vez, significa extrair regras a partir de repetidas decisões proferidas em casos similares, pelas quais poderão surgir enunciados. A jurisprudência, portanto, decorre da posição majoritária, ou seja, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal, ao contrário dos precedentes que surgem a partir de uma decisão que formará uma tese paradigma.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência. Precedentes. Uniformização de julgamento.

PRECEDENT AND JURISPRUDÊNCIA IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: A NECESSARY DISTINCTION

ABSTRACT

The new procedure prescribed in CPC / 2015 brought about the previous of the precedents system. Therefore, the need to redefine terms usually treated in Brazil aim of this research. Through deductive approach and technical literature, it is concluded that the preceding universalizable consist of a rule which can be applied as a decision criterion in the successive case depending on the identity. The technical and procedural sense, mean the individualized decision of a case, extracting this a legal argument that is at the heart of its provision. Jurisprudence, in turn, means extract rules from repeated decisions in similar cases, in which may arise statements. The jurisprudence therefore stems from the majority

¹ A autora é Doutora em Direito (UFSC) e Mestre em Direito (PUC/RS), Especialista em Direito (UNISINOS), Professora do Programa de Pós-Graduação *scrito sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Professora do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), bem como pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional e Democracia, Sistemas de Justiça e Direito Imobiliário. Endereço eletrônico: apilati@upf.br. Endereço postal: Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito, BR 285, São Jos, Passo Fundo/RS, CEP: 99052-900.





position, that is, arises from a reasonable amount of decisions that reflect the position of a particular court, the precedents that arise from a decision to form a paradigm thesis.

KEYWORDS: Jurisprudence. Precedents. Uniformity of judgment.

INTRODUÇÃO

Com a crescente demanda de processos que sobrecarregam o Poder Judiciário, o sistema processual brasileiro tem sofrido várias alterações, entre as quais está a ampliação das técnicas uniformizadoras de julgamento, que visam à concretização de garantias constitucionais, como o acesso à justiça, a proteção da confiança, a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a legalidade e, ainda, entre outros, a isonomia.

Nesse contexto, se de um lado o direito deve ser capaz de transformar-se para acompanhar a evolução da sociedade, de outro, há que ser previsível. E é justamente esse o objetivo do novo modelo processual, ou seja, tornar o direito estável e, ao mesmo tempo, capaz de adaptar-se a novas realidades.

No sistema dos precedentes previsto no novo Código de Processo Civil, faz-se menção a uma decisão judicial como parâmetro para futuras decisões. Percebe-se, dessa forma, a necessidade de se estabelecer uma proporção entre as reações “previsibilidade” e “adaptabilidade” (WAMBIER, 2012, p. 32 et seq.), antes mesmo de se ter um conjunto de decisões no mesmo sentido, como tradicionalmente ocorre no sistema brasileiro. É imprescindível, pois, que se estabeleça uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência.

No entanto, o fato é que, independentemente do critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro para estabelecer uma decisão vinculativa, quanto maior a falta de uniformidade das decisões, maior será a insegurança jurídica e, conseqüentemente, maior também será a instabilidade social. Uniformidade e estabilidade da jurisprudência são alicerces para a concretização do princípio da segurança jurídica (DANTAS, 2013, p. 123-141). E é justamente neste sentido, buscando o aprimoramento do princípio da isonomia nas decisões, que as últimas reformas legislativas no Brasil têm encaminhado.

1 EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JULGAMENTO

Proporcionar, legislativamente, melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas significa concretizar, na vida da sociedade brasileira, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2010).

Assim, ao longo do tempo, surgiram algumas reformas processuais na tentativa de criar instrumentos que evitassem a dispersão excessiva da jurisprudência, de modo a oferecer condições de atenuar o congestionamento do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional (MOREIRA, 2002, p. 181-191).

Buzaid, no início da década de 1980, já se preocupava com as decisões judiciais contraditórias. Em conferência proferida na Universidade de Keyo, já acenava para a necessidade de uniformização da jurisprudência:

Não se pense que a uniformização da jurisprudência tenda a estancar a evolução do direito. Que a mesma norma jurídica sofra interpretação diversa através do tempo por influência de fatores políticos, sociais e econômicos, é fato reconhecido pela ciência e louvado pelos doutos, pelos homens públicos



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

e pelos legisladores. O direito está sempre *in fieri* e adquire a fisionomia da época em que é aplicado. No entanto, se uma evolução sucessiva da mesma norma legal é fato que merece aplauso, uma aplicação contemporânea divergente é um fenômeno que gera intranquilidade [sic] na ordem social e desalento entre os litigantes, porque o êxito ou malogro da causa depende da sorte na distribuição à câmara ou turma. O legislador brasileiro pôs esplêndido remate a essa anômala situação, exigindo que os tribunais superiores procedessem, em tal caso, à uniformização da jurisprudência. (2002, p.44).

A propósito, Buzaid foi o principal responsável por elaborar o anteprojeto do Código de 1973. Porém, sua versão apresentada em 8 de janeiro de 1964 (1964), após ser revisada e submetida a emendas e a aditamentos por uma comissão de juristas, como Luiz Machado Guimarães, José Frederico Marques e Luiz Antônio de Andrade, e José Carlos Barbosa Moreira como colaborador, transformou-se em projeto de lei, sancionado em 11 de janeiro de 1973, com início de vigência em 1º de janeiro de 1974. De lá para cá, muitas reformas foram introduzidas no texto legislativo de 1973, pois, embora rotulado como um novo Código, o paradigma do instrumento da jurisdição foi mantido em sua íntegra, ou seja, manteve-se “o processo cognitório de raízes romano-canônicas, que se presta a uma jurisdição de acertamento de ralações jurídicas conflituosas” (MACEDO, 2005, p. 208 *et seq.*).

Até 1990, as reformas processuais resultaram em dezesseis diplomas legais. Mas não pararam por aí. Foi a partir da segunda década de vigência do código que, mediante debates e manifestações da comunidade jurídica, percebeu-se a vontade de reformular o estatuto processual. A partir de então, foram introduzidos mais de vinte diplomas legais, não se computando, nesse contexto, as leis que trouxeram novos instrumentos de composição de conflitos. (MACEDO, 2005, p. 208 *et seq.*).

A partir desse movimento reformista, o Código de 1973 sofreu tantas alterações que 40% dos comandos do texto original não mais prevaleciam, ficando evidente a inconformidade com o modelo processual vigente da época. “Como se sabe, a aplicação não uniforme do direito objetivo pelos tribunais cria insegurança e leva incerteza aos negócios jurídicos, razão pela qual sempre se procurou [...] a uniformização de jurisprudência”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, p. 308). Porém, algumas reformas, como as que buscaram essa uniformização nos tribunais, parecem ter cumprido, mesmo que em parte, o seu objetivo.

2 DA SÚMULA À SÚMULA VINCULANTE

Em 1963, há 52 anos, o STF julgava cerca de 3.500 processos. No entanto, este número sem se revelado assustador com o passar dos anos. A partir de então, buscou-se a solução para o excesso de processos, na chamada crise do Supremo Tribunal Federal (DANTAS, 2008). Assim, surgiu a edição de verbetes, chamados de *súmulas da jurisprudência predominante*, dando forma às súmulas do STF, naquele ano de 1963. A maior parte delas tratava de regras procedimentais do recurso extraordinário.

A Súmula era instrumento de orientação sobre determinado tema. Não se petrificava. Não era imutável, tanto que algumas foram alteradas e até





revogadas pelo STF [...]. O passo decisivo na importância da súmula não está no momento de sua elaboração, mas sim, no futuro, na sua aplicação, alteração ou no seu cancelamento. Se os julgadores não a seguem, de nada vale. Se o legislador altera a norma supedânea do texto, ela será alterada ou cancelada. Sem dúvida, ela é grande material de pacificação, ainda que haja discordância do seu texto, como ocorre com a Súmula nº 400 (razoável interpretação) tão criticada, mas com defensores. (ROSAS, 2008).

A súmula, então, consolidou-se. Porém, na época, além do precário acesso à jurisprudência, havia dificuldades na divulgação das decisões dos tribunais, fato este que contribuiu para a divergência entre julgados sobre a mesma tese e, às vezes, sobre os mesmos fatos.

Após, no Período Republicano, a súmula foi oficialmente adotada em nível nacional com fundamento legal no artigo art. 479 do CPC de 1973, que não atribuía efeito vinculante à súmula, ao contrário do que constava na versão do seu anteprojeto, cuja redação original de Alfredo Buzaid legitimava o efeito vinculante, prevendo a adoção dos "assentos" do direito português (ROSAS, 2003, p. 388).

Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos [sic] do artigo antecedente.

Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco (45) dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força [sic] de lei em todo o território nacional. (1964).

De acordo com a doutrina de Miranda de Oliveira, o vocábulo *súmula* vem do latim *summula* e significa sumário ou resumo. “É uma ementa que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos, ou seja, é o resultado final da formação de uma construção jurisprudencial, na medida em que representa a unificação da jurisprudência” (2005, p. 591-606).

O efeito vinculante foi consagrado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993 (que deu nova redação ao artigo 102 da Constituição Federal, acrescentando-lhe o parágrafo 2º), ao estabelecer a vinculação das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Porém, somente em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45 (quando houve a chamada "Reforma do Judiciário"), a súmula vinculante foi expressamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 103-A da Constituição Federal), cuja interpretação do STF passa, a partir de então, mediante decisão de dois terços dos seus membros e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a ser obrigatória aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, abandonando-se, desse modo, o mero efeito de orientação, como originalmente pensado em 1963, com a edição de verbetes, como nominado anteriormente.

Lamy relata que “a valorização crescente dos precedentes jurisprudenciais durante os últimos quinze anos já indicava a tendência de adoção da súmula vinculante”. A adoção dessa técnica jurídica deu fundamento constitucional às reformas do CPC em 2005 e em 2006. A súmula vinculante, até então, tornou-se um dos temas mais controversos da reforma constitucional do Poder Judiciário, pois trouxe consigo uma *carga ideológico-valorativa*, além de constituir “modificação estrutural do sistema jurídico brasileiro



fundamentada numa concepção operativa bastante realista dos problemas vividos pelo cotidiano forense”. (LAMY, 2007).

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, como referido, não trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do sistema de precedentes vinculantes do *common law*. O que a reforma constitucional efetuou, conforme Lamy, foi um “meio de vinculação e uniformização jurisprudencial, apenas semelhante ao sistema do *stare decisis*, desenvolvido no direito anglo-saxão”, pelo qual as súmulas do STF se transformam não em um precedente vinculante, “mas sim em um instituto híbrido: um enunciado constituído nos moldes de uma súmula, mas que possuirá efeitos vinculantes para as demais instâncias jurisdicionais” (LAMY, 2011, p. 37).

Efeito vinculante, conceitua Miranda de Oliveira, é a obrigatoriedade conferida a determinado enunciado jurisprudencial. A súmula, com efeito vinculante, obriga os órgãos do Judiciário a adotarem o conteúdo desse pronunciamento e “estende o conteúdo de seus enunciados a todos os órgãos do Poder Judiciário”. (2012, p. 689).

A súmula vinculante, portanto, “foi um modo encontrado pelo legislador constituinte brasileiro para tornar obrigatório o respeito (= obediência) a uma série de precedentes do STF, cujo sentido essencial seja o mesmo, desde que, preenchidos os demais pressupostos, desemboque na formulação do enunciado [Grifo do autor]” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 709), pois as decisões judiciais precisam estar de acordo com as normas jurídicas.

Porém, “as decisões já não podem ser consideradas como resultado direto da aplicação do texto legal [...]”. O juiz, sim, deve estar vinculado ao princípio da legalidade, mas este deve ser “aplicado em consonância com outros princípios fundamentais que o limitam, especialmente o princípio da isonomia [...]”, ou seja, “é necessário entender que o juiz não julga conforme a lei; julga conforme o direito, e o direito não resume à lei” (LAMY, 2011, p. 38).

O efeito da súmula vinculante não significa limitação à liberdade de convencimento dos juízes de primeiro e segundo graus, e pode, sim, ser visto como uma consequência do respeito à estrutura hierárquica do Poder Judiciário. O efeito vinculante das decisões do STF, ao priorizar a jurisdição do tipo coletiva, busca a efetivação de um dos escopos da jurisdição, que é a pacificação social. Além disso, “em última análise, a função do Supremo Tribunal Federal é, precipuamente, ser o fiel guardião da Constituição Federal. O Supremo é a máxima instância de superposição em relação a todos os órgãos de jurisdição”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, p. 308).

Quanto à aplicação da súmula vinculante, Theodoro Junior identifica três requisitos que devem ser observados para edição de uma súmula com tal efeito:

[...] exigência de reiteradas decisões sobre a matéria no STF [...], ocorrência de controvérsia, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública [...], e reflexos da controvérsia que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão [...]”.(2007, p. 28-29).

Assim, preenchidos os requisitos, uma determinada tese da Corte Suprema do país poderá ter efeito vinculante, com força obrigatória, no julgamento de casos futuros, aos demais órgãos jurisdicionados.



Convém lembrar, junto com Lamy, que a súmula vinculante “constitui um marco da transcendência dos interesses individuais em conflito” e representa, outrossim, “um desafio que não se resume à sua criação por emenda constitucional [...]”, mas à necessidade de:

[...] participação de toda sociedade e conscientização dos operadores do direito, para que se dê menos importância a opiniões isoladas em favor da obtenção de resultados por meio de processos, compreendendo a dimensão do problema da demora e respeitando o entendimento dos tribunais superiores. (2011, p. 56).

De fato, a súmula vinculante trata de um verdadeiro *bloqueio a recursos sobre matérias já pacificadas no STF* (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 13-34), no sentido tanto passar a representar um valioso mecanismo contra a multiplicação de decisões referente a processos que tratem de questões idênticas como tornar mais efetivo o tratamento isonômico do indivíduo perante o Estado-juiz.

3 PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O precedente fornece uma regra “universalizável” que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, em razão da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Precedente judicial significa, no sentido técnico-processual, a decisão individualizada de um caso concreto, extraindo-se desta decisão uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento (*ratio decidendi*)².

Não obstante, o precedente é traço característico dos sistemas de *common law*; o recurso ao precedente se caracteriza pela estrutura da argumentação jurídica em relação à interpretação da regra do direito e à sua justificação. Representam, de fato, os *tòpoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da descoberta legal e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa da decisão. Esta é a razão pela qual um julgamento tem força vinculante, que varia conforme a jurisdição, a hierarquia do juiz ou tribunal que o prolatou e, em especial, a força persuasiva dos argumentos utilizados. Neste caso, o juiz poderá desconsiderá-lo se o caso concreto apresentar particularidades (*distinguishing*) ou se o juiz entender que a decisão aplicada anteriormente já não está em conformidade com a justiça (*overruling*). (TARUFFO, 2007, p. 709-724).

² Para Michelle Taruffo, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. Além desse perfil, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Nota-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo. (Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Bologna: Il Mulino, ano LXI, n. 3, set. 2007, p. 13-14).



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

No sistema de *common law*, portanto, do caso concreto é extraída a *ratio decidendi*, que é a norma jurídica a ser aplicada nos casos sucessivos; é o fundamento jurídico da decisão, ao contrário da *obiter dictum*, que consiste nas demais afirmações que não possuem força vinculante e não serão tratadas como precedente. Este é talvez o aspecto mais relevante deste sistema, ou seja, que a decisão tomada no caso precedente seja *universalizável*³ e que seus efeitos possam irradiar para a decisão do caso sucessivo.

Vale destacar, ademais, que de um único julgado é extraída regra a ser aplicada na decisão dos casos futuros. O juiz, ao julgar caso sucessivo e similar, deverá verificar se a *ratio decidendi* do caso anterior é ou não aplicável ao atual. Se verificada a possibilidade de aplicação, “somente um precedente é suficiente para justificar uma decisão posterior” (TARUFFO, 2007, p. 709-724). Nesse sistema jurídico, o julgado passa a ter força vinculativa sobre decisões futuras⁴. Assim, criado ou declarado o direito pelo tribunal, a regra só poderá ser alterada com a devida justificativa, sob pena de gerar grave insegurança para o sistema. Foi neste panorama histórico que se baseou a cultura jurídica dos países de *common law*.

No sistema de precedentes, de uma decisão deve-se extrair tanto a *ratio decidendi* como a *obiter dicta*. A *ratio decidendi*, portanto, é a decisão vinculativa, acompanhada da fundamentação, ou seja, da explicação do raciocínio. A *obiter dicta*, por sua vez, tem função meramente persuasiva; é a parte da decisão que não compõe a *ratio*. No entanto, justamente por haver a necessidade de se preservar a igualdade, nesse sistema ainda pode ocorrer o *overruling* e o *distinguishing*. “Pelo primeiro, entende-se a mudança de entendimento, ou seja, a alteração de uma tese; pelo segundo, uma exceção na aplicação da tese pela distinção do caso” (WAMBIER, 2012, p. 42).

Ao tratar da aplicação de precedentes, MacCormick (2008, p. 199-204) apresenta uma definição de *ratio decidendi* como justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, mas suficiente para decidir questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso. Assim, um único caso poderá apresentar diversas *rationes decidendi*, dependendo da quantidade de questões solucionadas pelo juiz para a decisão completa.

E são essas fundamentações que levam a uma limitação das possibilidades de alteração do que já foi decidido. O autor entende que deve haver razão suficiente que justifique não seguir um precedente. Para isso, seria necessário demonstrar que a “nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais

³ Termo utilizado por Neil MacCormick para determinar que “juízes devem universalizar regras o melhor que puderem dentro do contexto de uma ordem jurídica existente e estabelecida”. (**Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2012, p. 80 *et seq.* [DOI:10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001]. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001/acprof-9780198763840-chapter-9>>. Acesso em: 6 ago. 2015); MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 199.

⁴ Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 21 *et seq.*





justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão”. (MACCORMICK, 2008, p. 199).

O precedente tem relação com uma decisão de um caso particular, diferente da jurisprudência, que geralmente indica certa quantidade de decisões referente a diversos casos concretos, ou seja, o precedente forma-se, de regra, a partir de uma determinada decisão, ao contrário da jurisprudência, cuja formação tem origem em várias decisões sobre determinado assunto, sem que se possa, na maioria das vezes, identificar qual das decisões foi determinante para a formação da jurisprudência relativa à determinada interpretação de uma norma, se é que existe alguma com esta relevância qualitativa

A decisão judicial, na lição de Mitidiero, abre oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso:

[...] um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX, CRFB). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer: fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo a decisão judicial no Estado Constitucional [Grifo do autor]. (2012, p. 85-99).

Como mencionado linhas atrás, o precedente contém uma regra universalizável, que pode, a critério do juiz e de acordo com a *ratio decidendi*, ser aplicada na decisão de lides futuras, cuja analogia dos dois casos concretos poderá ser afirmada ou refutada pelo intérprete do caso sucessivo, na hipótese de identificar semelhança entre os fatos de ambas as situações fáticas.

Desse modo, é o juiz do caso posterior que decide, mediante análise da identidade dos fatos, se aplica a *ratio decidendi* do anterior. Esta é a grande diferença da jurisprudência, ou seja, uma só decisão forma um precedente que poderá ser aplicado na decisão do segundo caso.

Bem a propósito é a doutrina de Marinoni, que considera que “o verdadeiro valor do precedente não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”. (MARINONI, 2013, p. 258).

Para Mancuso, a jurisprudência consolidada ou sumulada, projeta efeitos “panprocessuais”, servindo de referência para a solução de casos análogos. “O efeito da decisão é inter-partes mas pode operar como paradigma para a solução de casos afins”. (2001).

A jurisprudência, nesse sentido, diferencia-se dos precedentes por diversos aspectos, como a falta de análise comparativa dos fatos e a forma de sua constituição, que, na maioria dos casos, são representadas por enunciados sumulados elaborados por serventuários dos respectivos tribunais, por meio de textos breves e objetivos e, de regra, desvinculados dos casos concretos que os originaram, criando determinadas regras jurídicas. Decidir com base na experiência para a solução de problemas individuais, portanto, difere do raciocínio desenvolvido para a solução de problemas jurídicos com base em precedentes. No raciocínio individual, o fato de se ter decidido de uma forma no passado não gera presunção de que se deva decidir da mesma maneira no futuro. (LAMOND, 2006, p.3).



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAfetiva

O Brasil, em que pese não adotar o sistema de precedentes como o existente nos países de *common law*, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com a criação da súmula vinculante, conferiu a determinadas decisões do STF garantia de respeito e aplicação. A referida Emenda Constitucional inseriu no texto da Magna Carta a possibilidade de o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poder aprovar um determinado enunciado sumular com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta.

O art. 103-A da Constituição Federal dispõe que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (BRASIL. 1988).

O objetivo principal da súmula vinculante era evitar que as pessoas fossem obrigadas a buscar seus direitos pelas vias judiciais “mediante processos judiciais de conteúdo idêntico aos que foram propostos, vitoriosos e que ensejaram a edição da súmula”. Ao contrário, a ideia era de que a Administração Pública decidisse e agisse de acordo com o estabelecido juridicamente pela súmula vinculante. Porém, a implantação do novel instituto, por si só, como previa Miranda de Oliveira na época, “não tem força suficiente para mudar essa triste prática da desobediência enraizada entre nós há muito tempo”. (2005, p. 591-606).

Segundo Lamy, alerta para o fato de que a Emenda Constitucional n. 45 não inseriu no ordenamento brasileiro o sistema de precedentes vinculantes de forma idêntica ao *stare decisis* do *common law*. Ressalta que não se deve confundir precedente jurisprudencial com súmula de um determinado tribunal. (2011, p. 37). Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato. (ZANETI JUNIOR, 2015, p. 324).

As súmulas vinculantes, bem como de ADI, ADC e ADPF, não geram precedentes, mas sim efeito normativo, cuja autoridade decorrente de dispositivo constitucional deve ser respeitada, sob pena de cassação do ato que a desconsidere. Essas decisões possuem efeito vinculante, o que não significa que são precedentes com efeitos vinculantes. (VOJVODIC, 2012, p. 269).

Em relação à força das decisões judiciais no Brasil, Miranda de Oliveira prefere a distinção entre quatro grupos: precedentes, jurisprudência, súmula e súmula vinculante:

No sistema codicista brasileiro, a tese jurídica que fundamenta uma decisão judicial produz efeito diante do caso sob análise, mas não deixa de servir de exemplo, de *precedente*, para decisões subsequentes.

Quando uma tese jurídica perfilhada se vê reiterada de modo uniforme e constante (permanência lógica e temporal) em casos semelhantes, identifica-se o que considera-se jurisprudência. Por sua vez, quando esta jurisprudência conquista terreno significativamente majoritário em determinado órgão judicial colegiado, pode ocorrer a edição de súmula, de modo que repercuta e fixe o entendimento sedimentado.

No âmbito do STF, apenas em matéria constitucional, atingido o quorum de dois terços dos membros, a Corte está autorizada a editar súmula vinculante, tornando o preceito obrigatório a todos os órgãos judiciais e à Administração





Pública direta e indireta. (2011, p. 150).

No direito brasileiro, precedente não pode ser confundido com processo, na qualidade de instrumento criado pela jurisdição para a pacificação social, nem com o instrumento processual que o aplica. “Um processo pode possuir uma pluralidade de precedentes e, até mesmo, um único precedente pode ser formado por uma pluralidade de processos”. Nesse contexto, o precedente judicial funciona como instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, “edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir”. (TARANTO, 2010, p. 6-8).

Da mesma forma, precedente também não pode ser confundido com ementa. A ementa é uma ferramenta importante para difusão, conhecimento e catalogação do precedente, o que exige que sua redação facilite a localização do julgado.

A ementa não pode ser identificada e utilizada como um precedente e, além do mais, ser redigida com tais pretensões, sem qualquer preocupação com as particularidades do caso paradigma ou com as normas que regem a resolução do caso concreto julgado. Por essas razões, a ementa deve ser vista, e não mais que isso, como um instrumento que proporciona a catalogação da decisão nos repertórios, facilitando o acesso à informação nela contida, não como método de aplicação automática de precedentes. (MAGALHÃES; ALVES DA SILVA, 2013, p. 211-237).

Ao contrário do precedente, as ementas são formadas por um conjunto de sentenças e decisões em quantidade indeterminada, o que resulta em uma sensação de insegurança jurídica originada pela incerteza de se conhecer ou não a jurisprudência relevante para determinado caso e pela possibilidade de serem detectadas contradições e repentinas mudanças de posicionamentos. No direito brasileiro, portanto, ao menos até o início da entrada em vigor do novo CPC, os textos que formavam a jurisprudência tinham por base as ementas, sem a menção dos fatos que foram objeto de decisão.

4 OS PRECEDENTES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A cultura jurídica no Brasil, tanto do sistema jurídico em si como dos profissionais de direito, foi historicamente concebida para resolver conflitos previsíveis e individuais. Esse perfil individualista, com o passar dos anos, revelou-se insuficiente para resolver o fenômeno contemporâneo da litigiosidade de massa, assim como os *hard cases* (casos complexos e diferenciados).

Em decorrência, avalia Marinoni, “o direito se tornou incoerente e com um sistema despido de racionalidade, incapazes de propiciar a previsibilidade, igualdade e liberdade”. O autor vê uma ligação muito clara “entre uma cultura que sustenta, sem qualquer constrangimento, a possibilidade de o homem resistir a lei que o prejudica mediante o uso das suas relações e um sistema que ecoa a falta de unidade na solução de casos iguais”. (2014, p. 12-15). Acrescenta que a falta de reação a um sistema judicial que nega a igualdade e a previsibilidade pode revelar um interesse de várias posições sociais.

O respeito aos precedentes é uma maneira de preservar determinados valores indispensáveis ao Estado de Direito, “assim como viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal” (MARINONI, 2014, p. 14-15), o que só será possível com a unidade do direito.

Lamond justifica o sistema de precedentes sob quatro aspectos: a) consistência; b) expectativas; c) replicabilidade; e d) criação de leis. (LAMOND, 2007, p. 699-711).

O argumento da consistência (*consistency*) está relacionado com os argumentos em favor da justiça formal, isto é, dois casos iguais (em aspectos relevantes) devem ser tratados de igual forma. Seria simplesmente inconsistente tratá-los de forma diferente. A alegação de consistência também traz consigo a ideia de igualdade, pois tratar o caso posterior de forma diferente do primeiro seria deixar de tratar as partes perante os tribunais de forma igualitária. Sendo iguais, as decisões judiciais devem ser coerentes ao longo do tempo. Um caso posterior só deve ser tratado de forma diferente quando a própria lei for alterada (pelo legislador ou pelos tribunais). A consistência, portanto, justifica tratar decisões anteriores como fontes do direito.

A expectativa (*expectation*) é outro argumento comum a favor do precedente. Se uma instituição lidou com um problema de determinada maneira no passado, criará, com base neste caso, uma expectativa de idêntico tratamento no futuro, vale dizer, uma expectativa que as pessoas usam para planejar suas vidas e de ter algum controle sobre suas atividades, ou seja, o sistema jurídico que segue um sistema de precedentes cria expectativas de que as decisões anteriores serão seguidas no futuro.

Por replicabilidade (*replicability*) entende-se que as decisões decorrentes de um precedente são mais previsíveis do que se fossem realizadas a cada caso semelhante. O julgamento da probabilidade de um resultado particular, à luz de um precedente, permite aos indivíduos fazerem planos de acordo com o direito.

A última justificativa se refere ao poder dos tribunais de criar leis (*law-making*). O pressuposto subjacente a esta justificação alude ao fato de que a lei é, por vezes, incompleta e há necessidade de ser dada uma maior especificidade, ou determinar o que é errado e precisa ser corrigido. Mas isso não significa necessariamente que os precedentes criam regras. A função do precedente é compensar a divergência na interpretação da lei e fixar simultaneamente pontos de partida para uma decisão, sem que isso delegue ao Judiciário o poder de legislar. Mais do que isso, o sistema de precedentes contribui para o controle e o equilíbrio da atuação vertical e horizontal dos juízes no âmbito do *common law*. O que tudo isso significa é que o *common law*, como um todo, permanece o que sempre foi: o produto do julgamento coletivo dos tribunais. (LAMOND, 2005, p. 1-26).

Marinoni, por sua vez, propondo a adoção de um novo sistema ao direito brasileiro, demonstra a fundamentalidade dos precedentes identificando os seguintes aspectos: a) *valor e comportamento*; b) *unidade e desenvolvimento do direito*; c) *clareza e generalidade*; d) *promoção da igualdade*; e) *fortalecimento institucional*; f) *limitação do poder do Estado*; g) *previsibilidade*; h) *racionalidade econômica*; i) e *respeito ao direito e responsabilidade social*. (2014, p. 101-116).

Adotar o sistema de precedentes no Brasil, portanto, não significa que os tribunais possam agir de qualquer forma, em cada caso que lhes é apresentado. A aplicação da Constituição Federal e da lei pelos tribunais deve ocorrer de modo organizado e





controlado. Legitimar um sistema de precedentes, independentemente da tradição jurídica, significa não só um meio de garantir segurança jurídica, previsibilidade, isonomia aos jurisdicionados, como também uma forma de controle da atuação judicial.

A tarefa de interpretação da previsão legal pelo juiz não pode limitar-se mais à aplicação de uma norma apenas às partes conflitantes. Pelo contrário, o alcance da interpretação de determinada norma, quando aplicada a um caso concreto, deve ser mais abrangente.

Assim, respeito aos precedentes tem que ver com o modo como as decisões de uma corte serão recebidas no futuro pela comunidade jurídica e pelas demais cortes de justiça e com a autoridade de seu conteúdo. Os precedentes têm autoridade porque constituem parte da lei, que é declarada pelo tribunal por meio de uma decisão. Neste contexto, os precedentes constituem fonte do direito.

Na doutrina estrangeira, Andrews (2012, p. 98) considera que as decisões judiciais estão entre as principais fontes do processo civil inglês, pois os precedentes, de longa data, podem adquirir força considerável à medida que se consagram como um princípio fundamental.

Com apoio em Zaneti Júnior, ressalta-se que “precedentes somente são precedentes se se consideram normativos e vinculantes independentemente da concordância com seu conteúdo e da bondade de suas razões”. É justamente neste ponto que reside a diferença entre precedentes, decisão e jurisprudência:

Jurisprudência (decisões reiteradas dos tribunais sem força vinculante); decisão (ato final de um processo judicial, que pode ou não gerar um precedente); precedente (decisões reconstrutivas do ordenamento jurídico tomadas no momento atual, caso-atual, com pretensão de serem utilizadas nos casos futuros). (2014, p. 233).

Os precedentes, independentemente de serem definidos como fontes do direito, são frequentemente usados pelos tribunais. (TARUFFO, 1997, p. 458). A correlação entre o precedente e uma norma geral que se pretende interpretar implica que a norma seja lida à luz de sua atual ou eventual aplicação a casos concretos. A decisão tomada no caso precedente pode explicar eventual efeito prescritivo ou normativo sobre a decisão do caso sucessivo apenas sob a condição de que do precedente específico possa derivar-se uma regra aplicável também a outros casos e ante o argumento de que a decisão formulada no direito sobre o caso precedente seja, como refere Maccormick (2012, p. 82), universalizável. Desta feita, solucionar um problema jurídico particular com base na referência a uma regra universal é elemento indispensável da justificação jurídica, independentemente de qual seja o sistema jurídico em questão, “ainda que a enunciação em termos universais não esgote os problemas que podemos encontrar na fundamentação da decisão particular”. (MACCORMICK, 2012, p. 82).

A alegação de que o raciocínio jurídico difere substancialmente nas tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* é falaciosa, pois “qualquer que seja o poder normativo dos juízes, ele só pode ser legitimamente exercido se a argumentação que justifica cada decisão puder ser construída em uma linguagem universal”. Os precedentes, desse modo, devem ser seguidos porque passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito. (BUSTAMANTE, 2012, p. 112 *et seq*).



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

A recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao direito, que não passará de uma expectativa ilusória se não encontrar interpretação isonômica e segura por parte dos juízes. Por isso, é necessário fazer valer a regra do *stare decisis* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional: se o direito não é apenas revelado pela decisão judicial, se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo Poder Judiciário, mas é de algum modo afirmado pelas decisões judiciais, então a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o direito. (MITIDIERO, 2014, p. 104-105).

O sistema jurídico brasileiro, como visto, não é capaz de conferir segurança jurídica, “entendida esta como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”, indispensáveis para a conformação de um Estado de Direito. (MITIDIERO, 2014, p. 116).

A conscientização dos membros dos tribunais inferiores de respeitarem o entendimento firmado somente ocorrerá quando os tribunais superiores se conscientizarem de sua função nomofilática e conseguirem manter, internamente, o respeito a seus precedentes. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 307-324). Igualdade, imparcialidade, coerência do direito e segurança jurídica, como mencionado, são justificativas da necessidade de precedentes obrigatórios. (MARINONI, 2013, p. 125).

A primeira condição para que exista segurança jurídica pelo precedente é que seja *respeitado pela própria corte que o emanou*. A unidade do direito deve ser promovida pelo STF e pelo STJ como cortes supremas, “que têm por função interpretar de forma adequada a Constituição e a legislação infraconstitucional federal, promovendo a unidade do Direito mediante a formação de precedentes vinculantes”. (MITIDIERO, 2014, p. 116).

Lamy e Schmitz também referem a necessidade de se atribuir aos tribunais superiores, notadamente ao STF, uma função mais sólida de uniformização da interpretação constitucional. Para os autores, na tarefa de editar mecanismos de aplicação de precedentes judiciais, “deve-se dar especial atenção àqueles instrumentos que atinjam a Administração Pública, obrigando-a a respeitar as decisões de Tribunais Superiores”. (2012, p. 199-214).

O novo CPC, inovando exatamente neste ponto, insere na lei o dever de respeito aos precedentes, conforme disposto no artigo 926: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Sobre a estabilidade e a coerência a que se refere o caput do art. 926, consoante entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), consiste no dever de os tribunais observarem e não ignorarem os próprios precedentes. O dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação. Quanto à dimensão do dever de integridade, segundo o FPPC, consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico e na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário, para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico. (ENUNCIADOS DO FORÉUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciados 453 a





457, 2015).

Prescreve, ainda, o legislador, que ao editarem enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§ 2º). Nestes termos, a aplicação de precedentes deve ocorrer de modo discursivo e não mecânico. Para isso, devem ser considerados os seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. “Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente”. (NUNES, 2014, p. 465).

Para Marinoni, o novo CPC possui algumas impropriedades: o legislador usa o termo “jurisprudência” quando na verdade está referindo-se a “precedentes”, como no caso do artigo 926, que a “uniformização” deve garantir estabilidade, integridade e coerência das decisões (precedentes). (2012, p. 351-357). Em outra obra, Arenhart e Mitidiero compartilham tal opinião com o autor e, juntos, afirmam que o dispositivo em comento, embora inequivocamente bem intencionado, padece de cinco problemas teóricos:

A uma, fala em *tribunais* indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro.

A duas, institui um dever de *uniformização*, nada obstante seja conhecida a ligação do termo a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história.

A três, alude genericamente à *jurisprudência*, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos.

A quatro, refere que os tribunais têm o dever de manter a jurisprudência *estável*, quando na verdade esse é apenas um dos seus deveres no que tange à necessidade de prover segurança jurídica.

A cinco, endossa uma proposta teórica bastante específica a respeito do conceito de direito ao determinar que a jurisprudência deva ser íntegra [Grifo dos autores]. (2015, p. 548).

Com relação à expressão “precedentes”, pode-se afirmar, junto com Medina, que o texto do artigo 926 adota sentido diferente do CPC de 1973, referindo-se a precedente, textualmente, apenas como a própria súmula, que serviria à uniformização de jurisprudência. No CPC atual ganha sentido distinto, embora não se defina precisamente o significado de “precedente”: no artigo 489, o termo é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre estas figuras; nos artigos 926 e 988, inciso IV, precedente pode ser entendido como decisão. Em vista disso, “deve-se buscar definição que ajuste-se *funcionalmente* aos objetivos traçados pelo artigo 926, caput, do CPC/2015, no sentido de se propiciar a consecução de uma jurisprudência íntegra, isso é, estável e coerente”. (2015, p. 1.246). Sobre esse tema, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis já se pronunciou no sentido de que a aplicação dos enunciados das súmulas, no caso do artigo 926, deverá ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente. (ENUNCIADOS DO FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n. 166, 2015).

Por outro lado, os deveres de uniformização, de estabilidade, de integridade e de coerência consagrados no novo CPC, conforme comentários de Macêdo, projetam



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

conteúdo normativo suficiente para a criação institucional do sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. O artigo 926 fornece todas as ferramentas necessárias para a construção do *stare decisis* brasileiro. (MACEDO, 2015, p. 430-447).

A coerência entre as decisões judiciais não só é fundamental à afirmação, à autoridade e à credibilidade do Poder Judiciário, como é imprescindível ao Estado de Direito. (MARINONI, 2011). O CPC de 2015, portanto, ao conferir ao ordenamento jurídico o dever de respeito aos precedentes, preocupando-se com uma jurisprudência uniforme e estável e com a fundamentação das decisões, representa um avanço no que tange à ordem jurídica íntegra, racional e coerente, mantendo-se a unidade do direito e minimizando, quiçá, o estado de insegurança e incerteza, sentimento que hoje assola não só os juristas brasileiros como toda a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Juntamente com a evolução das relações sociais surgiu a necessidade de novos mecanismos jurídicos que atuem com celeridade e eficiência na solução de litígios de massa, capazes de assegurar direitos e garantias já consagrados constitucionalmente, como as garantias processuais e a segurança jurídica. E é esse o desafio de uma legislação processual moderna: encontrar meios de solução dos novos conflitos que clamam uma célere e uniforme prestação jurisdicional, evitando, com isso, a existência de decisões divergentes sobre mesmas questões de direito, o que gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade, além de contribuir para o assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário. A perspectiva que conduziu a elaboração do novo CPC foi justamente essa e por meio dela se percebe uma clara intenção do legislador de buscar uma prestação jurisdicional alternativa como meio de resolução dos conflitos de massa levados ao Judiciário.

Nesse ínterim, a nova legislação processual prevê a implantação do sistema de precedentes, cuja função é de contribuir para a construção de um sistema jurisdicional uniforme e coerente, próprias de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a ideia do legislador foi a de buscar, por meio de uma jurisprudência uniforme e estável e de uma tese-paradigma decidida pelos tribunais, um ordenamento jurídico voltado à promoção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, alcançados pela igualdade de tratamento jurisprudencial obtida no julgamento de questões de direito jurídicas comuns. O fundamento essencial dos precedentes, portanto, é dar ordem e unidade ao sistema e, na mesma trilha, aprimorar a prestação jurisdicional brasileira.

Precedentes, portanto, não se confunde com jurisprudência. Da jurisprudência (regra extraída de repetidas decisões proferidas em casos similares), poderão surgir enunciados contendo o extrato das decisões. A jurisprudência, por conseguinte, decorre da posição majoritária, ou seja, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal. A jurisprudência tem seu valor pelo conjunto de outras decisões proferidas no mesmo sentido, demonstrando haver certo consenso sobre a matéria posta em discussão, o que, até então, costumava-se fazer menção a uma decisão judicial, qualificando-a como precedente. No entanto, a noção de precedente no CPC/2015 projeta no futuro a ideia de que uma determinada tese criada a partir de uma





decisão deve servir de parâmetro para o futuro.

Logo, o precedente tem relação com uma decisão de um caso particular, diferente da jurisprudência, que geralmente indica certa quantidade de decisões referente a diversos casos concretos, ou seja, o precedente forma-se, de regra, a partir de uma determinada decisão, ao contrário da jurisprudência, cuja formação tem origem em várias decisões sobre determinado assunto, sem que se possa, na maioria das vezes, identificar qual das decisões foi determinante para a formação da jurisprudência relativa à determinada interpretação de uma norma, se é que existe alguma com esta relevância qualitativa.

Nesse sentido, a decisão baseada na jurisprudência volta-se ao caso concreto, ao devido processo legal, enquanto a decisão originada a partir de uma tese jurídica paradigmática (precedente) volta-se a ordem jurídica, tendo em vista a unidade do direito através da coerência normativa.



REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 105, p. 181-191, jan. 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2015.
- BRASIL. Senado Federal. **Exposição de motivos da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZAID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964. 144 p. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177246>>. Acesso em: 8 mar. 2014.
- _____. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro [Conferência proferida na Universidade de Keyo]. In: _____ (Coord.). **Estudos e pareceres de direito processual civil**. Notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto no novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 123-141.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 233, p. 295-320, 2014.
- ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. **Enunciados 453 a 457**. Vitória, 1 a 3 maio 2005. Disponível em:
<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.





LAMOND, Grant. Do precedents create rules? **Legal Theory**. United States of America, Cambridge University, v. 11, p 1-26, 2005. [Doi:10.1017/S1352325205050019]. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/lamond-2005-precedents-rules.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Precedent and analogy in legal reasoning. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta. ed., 2006. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 16 maio 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: uma incógnita. In: MANOEL ABREU, Pedro; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 517-523.

_____. **Ensaio de processo civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 1.

_____; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 214, p. 199-214, dez. 2012.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2012, p. 80 et seq. [DOI:10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001]. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001/acprof-9780198763840-chapter-9>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía; ALVES DA SILVA, Sandoval. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2, p. 211-237.

MANCUSO, Rodolfo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada *erga omnes* e eficácia vinculante. **Processos Coletivos**. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/118>. Acesso em: 26 jul. 2015.





_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Uma nova realidade diante do projeto do CPC**: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 918, p. 351-357, 2012.

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

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Súmula vinculante: (in)efetividade e medidas paralelas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 591-606.

_____. **Ensaio sobre recursos e assuntos afins**. Coleção Ensaio de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 2.

_____. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 10. (Coleção Ensaio de Processo Civil).

_____. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. 2. *tir.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013.

_____. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**. São Paulo Revista dos Tribunais, 232, p. 307-324, jun. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: ____; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85-99.

_____. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MARINONI, Luiz Guilherme; CASTRO MENTES, Aluisio Gonçalves de. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos





Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes us. Uma compreensão constitucional adequada do seu uso no Brasil. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MARINONI, Luiz Guilherme; CASTRO MENTES, Aluisio Gonçalves de. (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. II.

ROSAS, Roberto. **Da súmula à sumula vinculante**. Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. A Consolidação das Instituições. v. 3. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

_____. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Giuffrè, ano LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 417). **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 18, p. 5-32, maio-jun. 2007.

VOJVODIC, Adriana M. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

