

SOPESAMENTOS ACERCA DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO CONTEXTO DO NOVO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Cicero Alberto Mendes Ferreira¹

RESUMO: O presente trabalho tem o desiderato de analisar os elementos fundamentais da Teoria do Precedente Judicial. Discorre-se acerca do posicionamento, no âmbito da Teoria Geral do Processo, do conceito de precedente judicial e os reflexos de tal definição no direito positivo. O Novo Código de Processo Civil prescreve a sistemática de observação obrigatória dos precedentes, bem como positiva os parâmetros teóricos essenciais para tal, atribuído aos tribunais superiores a uniformização jurisprudencial, sendo mister, neste contexto, estabelecer-se paradigma teórico sólido acerca do tema, visando à construção da decisão judicial para além de manifestações que tendam tão-somente à objetivação do Direito. Considerando a decisão judicial, sobremaneira em sede de prestação jurisdicional constitucional, a partir de uma perspectiva epistemológica criativa, comprometida com a adequação dos conceitos à demanda por soluções verossímeis para problemas jurídicos reais, faz-se imprescindível a proposição de uma discussão acerca da aplicação dos precedentes judiciais mesmo enquanto instrumento metodológico idôneo a distinguir paradigma hermenêutico que concilie as tendências por centralização e dispersão no que se refere às fontes do Direito, de modo a consolidar sistematicamente a democracia no âmbito da produção normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente Judicial. Teoria do Precedente Judicial. Teoria Geral do Processo

ABSTRACT: This study has the desideratum to analyze the fundamental elements of Theory of Judicial Precedent. Talks to about the position within the Theory of Procedure, the concept of judicial precedent and the consequences of such a definition in positive law. The new Civil Procedure Code prescribes the system of mandatory observation of the precedents, as well as positive the essential theoretical parameters for such, assigned to the higher courts jurisprudential uniformity, and mister , in this context, establish solid theoretical paradigm about the issue to the construction of the judicial decision beyond demonstrations that tend merely to objectification of law. Considering the judicial decision greatly in place of constitutional adjudication, from a creative epistemological perspective, committed to the adequacy of the concepts the demand for credible solutions to real legal problems, it is necessary to propose a discussion about the application of judicial precedents even as a methodological tool suitable to distinguish hermeneutic paradigm that reconciles trends for centralization and dispersion in relation to the sources of law, in order to systematically consolidate democracy within the normative production.

KEYWORDS: Judicial precedent. Theory of Judicial Precedent. Theory of Procedure.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. E-mail: ciceroalbertomendesferreira@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o desiderato precípua de discorrer acerca Teoria do Precedente Judicial, bem como dos conceitos essenciais à sistemática de um modelo de observação obrigatória dos precedentes.

Para tal, analisar-se-á inicialmente a questão da conceituação do precedente judicial valendo-se da distinção entre conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos proposta por Freddie Didier Jr., ponderando acerca da possibilidade de estabelecimento de uma Teoria do Precedente Judicial enquanto teoria particular no âmbito da Teoria Geral do Processo.

Posteriormente empreender-se-á uma análise referente aos conceitos essenciais à sistemática de aplicação do precedente judicial, desde sua caracterização enquanto tal, até a possibilidade de sua superação.

Por fim, serão apresentadas, à guisa de conclusão, as impressões verificadas a partir do presente estudo.

1 DA CARACTERIZAÇÃO DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

A concepção de precedente judicial está intimamente relacionada ao princípio do *stare decisis* – abreviação da expressão de origem latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso² –, que se estabelece como respeito obrigatório ao precedente, tendo como antecedente lógico uma prestação jurisdicional criativa.³

A decisão judicial, destacadamente no âmbito da prestação jurisdicional constitucional, tem caráter criativo, visando à consecução das prescrições constitucionais em consonância com a realidade empírica⁴, em atividade hermenêutica marcada por valorações subconscientes em que “[...] a distinção entre a consciência subjetiva ou individual e a

² STRÄTZ, Murilo. O Direito Constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 19-35, Mai.-Ago., 2012, p. 24.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In DIDIER JR. Freddie. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, p. 533- 588, 2010. (v. 2), p. 535.

⁴ LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1.

objetiva ou geral, no campo em que o juiz não é limitado por normas estabelecidas, é vaga e evanescente, e tende a se tornar pouco mais que uma distinção de palavras [...].”⁵

Neste contexto, o *stare decisis* distingue-se como uma exigência política de que Juízos inferiores defiram respeito às decisões das instâncias judiciais que lhes são superiores e às suas próprias⁶, imputando ao sistema de prestação jurisdicional rationalidade e estabilidade, haja vista que “[...] a decisão judicial inserida nesse sistema assume a função não só de dirimir uma controvérsia, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma”.⁷

Não obstante o princípio do *stare decisis* tenha destaque na tradição do *Common Law*, é equivocado promover identificação entre um e outro. Em outras palavras, confundir o *Common Law*, enquanto plexo de costumes jurídicos do sistema anglo-saxônico, e o princípio de vinculação aos precedentes não caracteriza acerto conceitual, uma vez que o sistema de precedentes caracteriza-se como um instrumento de estabilização hermenêutica e não como uma característica essencial de um dado paradigma jurídico-cultural, sendo perfeitamente factível sua utilização no sistema de *Civil Law*, o que refuta a referida identificação.⁸

Neste diapasão, o precedente judicial, considerado como decisão *in concreto* idônea a ter seus fundamentos essenciais como modelo para julgamentos em casos semelhantes posteriormente⁹, é conceito jurídico que se aperfeiçoa independentemente do sistema jurídico cultural tomado como referência e mesmo das prescrições de direito positivo, que disciplinam tão-somente sua eficácia jurídica.

1.1 PRECEDENTE JUDICIAL COMO CONCEITO LÓGICO-JURÍDICO

A Teoria Geral do Processo e, de modo geral, a própria teoria do conhecimento, se estabelece como plexo de enunciados idôneos a promover a estruturação sistemática e racional do objeto de estudo. Assim, considerando que a sistematização em tela não tem o

⁵ CARDOZO. Benjamin N. **A natureza do processo judicial:** Palestras proferidas na Universidade de Yale (*The Nature Of The Judicial Process*). Tradução de Silvana Vieira. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 80.

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 241, p. 177-208, Jul.-Set. 2005, p. 180.

⁷ STRÄTZ, Murilo. *Op. Cit.*, p. 24.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 539.

⁹ DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 2, p. 385.

escopo de estabelecer verdades – definições ontologicamente peremptórias –, a discussão no âmbito teórico faz-se eminentemente linguística, partindo de hipóteses que visam apresentar respostas às demandas por soluções acadêmicas em consonância com o estado de técnica.¹⁰

Neste contexto, a Teoria Geral do Processo caracteriza-se como uma metalinguagem – linguagem acerca da linguagem do direito positivo processual – em contexto que contempla teorias particulares – teoria do processo no Common Law e teoria do processo no Civil Law – e individuais do processo – teoria do processo civil, teoria do processo penal, teoria do processo administrativo, etc.¹¹

Visando ao desiderado de sistematizar o desenvolvimento da investigação em sede de Teoria Geral do Processo, Fredie Didier Jr. propõe um modelo conceitual escalonado em conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos. Entende o processualista baiano que “em um sistema conceitual, nem todos os conceitos ‘ocupam o mesmo plano’: há conceitos que possuem âmbito de validade específico, outros, genéricos; uns são conceitos fundamentais, outros, derivados e adjacentes”.¹²

Neste diapasão, tem-se um modelo teórico caracterizado pelo estabelecimento de conceitos que se expressam epistemologicamente, com arrimo na Filosofia do Direito e com pretensão de universalidade e outros que se distinguem em sede de direito positivo, disciplinando situações específicas e, portanto, contingentes de um dado ordenamento jurídico, respectivamente, conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos.¹³

Os conceitos jurídico-positivos relacionam-se ao regime jurídico em que se inserem, de sorte que o conceito está adstrito às peculiaridades do regime jurídico positivo do objeto, em outras palavras, os conceitos jurídico-positivos distinguem-se a partir de paradigma normativo específico, não tendo pretensão de universalidade, mas caracterizam-se contingentes e descrevem situações pontuais postas pelo direito.¹⁴

Os conceitos lógico-jurídicos, diferentemente, independem do direito positivo, se estabelecem como conceitos fundamentais da própria teoria – no estudo em tela, da Teoria

¹⁰ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://www.btdt.ufpe.br/btdt/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1090>. Acesso em: 24 fev. 2014.p. 44.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, 38-39.

¹² *Ibidem*, p. 39.

¹³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

Geral do Processo – e visam a orientar a própria estrutura lógico-epistemológica do objeto de estudo, para além de contingências espaciais ou temporais.

Sob tal perspectiva, os conceitos lógico-jurídicos têm lugar no contexto da Filosofia do Direito – desdobramentos da epistemologia jurídica – e têm pretensão de universalidade, não se relacionando a um determinado sistema normativo, mas sendo idôneos a auxiliar a interpretação no âmbito da Ciência do Direito, independentemente do paradigma normativo.¹⁵

Por não serem contingenciados temporal e espacialmente pelo direito positivo, os conceitos lógico-jurídicos funcionam mesmo como balizas dogmático-jurídicas, fundamentando o desenvolvimento sistemático da ciência do direito a partir de uma perspectiva lógica.¹⁶

Destarte, os conceitos lógico-jurídico desenvolvem duas funções, quais sejam, hermenêutica e de fundamento aos conceitos jurídico-positivos. Esta se distingue no escopo de subsidiar o jurista nas atividades de interpretação/aplicação do direito; aquela se caracteriza por proporcionar os fundamentos para o desenvolvimento dos conceitos jurídico-positivos, implicando uma relação de dependência, haja vista que se estabelece um contexto de generalidade e especificação entre os referidos conceitos.¹⁷

Considerando que o precedente judicial – enquanto manifestação hermenêutica em sede de prestação jurisdicional – se expressa como decisão judicial referente a caso concreto, mas idônea a constituir-se parâmetro para casos semelhantes a partir de seus fundamentos essenciais – *ratio decidendi* –¹⁸, não há razões para vincular sua conceituação a dado paradigma jurídico-cultural, antes é mister tomá-lo como inerente a qualquer ordenamento jurídico¹⁹, como conceito proveniente da Teoria Geral do Processo – conceito lógico-jurídico.

[...] Nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderá interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi este? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*.²⁰

¹⁵ *Ibidem*, p. 42-43.

¹⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo**: Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, p. 749-769, 2010, (V. 2), p. 754.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. *Op. Cit.*, p. 47-48.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 385.

¹⁹ JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual**. Salvador: Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015, p. 80.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 558.

Nesta senda, tendo que o precedente judicial é uma decorrência lógica da decisão judicial – toda decisão judicial é, a rigor, um precedente –, é possível afirmar que a existência de precedentes judiciais é verificada em todos os ordenamentos jurídicos e que sua conceituação independe de contingências positivas²¹, mas firma-se no âmbito da Teoria Geral do Processo, como conceito lógico-jurídico e, destarte, imprescindível à sistemática processual enquanto ciência, restando ao direito positivo – mediante a veiculação de conceitos jurídico-positivos –, a produção de efeitos específicos.

Tal especificação de efeitos do precedente judicial tem lugar de destaque na nova sistemática processual brasileira, inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil, que dedica um capítulo específico à disciplina do precedente judicial²², em face da necessidade de estabelecimento de paradigma de prestação jurisdicional voltado à segurança e à estabilidade jurídicas no contexto da tradição do *Civil Law* como um todo.

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a segurança jurídica no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).²³

²¹ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 81.

²² “Livro III, Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das decisões Judiciais; Título I, Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo I, Disposições Gerais. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem atter-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante; III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I incidente de resolução de demandas repetitivas; II recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015. Arts. 926-928.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 588.

Posto que o precedente judicial distingue-se como conceito lógico-jurídico da Teoria Geral do Processo, é possível estabelecer conceitualmente, outrossim, mesmo uma Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria particular do processo, com conceitos fundamentais que lhe são afetos, como *ratio decidendi* e *obter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, que na sequência serão analisados.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL: RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM

Como supramencionado, a estruturação de um sistema de precedentes tem o escopo de assegurar a justiça por meio da consecução da estabilidade e da segurança jurídicas, de modo que seja possível estabelecer decisões que, para além do caso concreto, constituam-se o reflexo da cultura consolidada em dado sistema jurídico, visando afastar decisões judiciais distintas em casos semelhantes.²⁴

Neste contexto, a estrutura normativa que há de constituir-se elemento vinculante ou persuasivo no contexto do precedente judicial é a *ratio decidendi* – ou holding, para os norte-americanos –, que se caracteriza como fundamento jurídico essencial da decisão jurídica estabelecida em sede de prestação jurisdicional e que tem o condão de constituir-se padrão interpretativo para julgamentos semelhantes futuros.²⁵

Desta feita, a *ratio decidendi* caracteriza-se como manifestação criativa do direito por parte do órgão judicante, veiculando os parâmetros justificadores da decisão jurídica, que são estabelecidos em face do paradigma sociolinguístico do referido órgão.²⁶ Nestes moldes, a *ratio decidendi* é o elemento fundante da decisão judicial, sem a qual esta não se aperfeiçoaria nos moldes em que o fez.²⁷

No contexto da Teoria do Precedente Judicial, a *ratio decidendi* exerce dupla função decorrente da conceituação supramencionada, quais sejam, interna e externa. Aquela – interna

²⁴ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: Pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. In: *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, Out.-Dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntr=213410>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 180. DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 385.

²⁶ FREITAS, Lorena de Melo. *Op. Cit.*, p. 36-38.

²⁷ DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 385.

– se expressa como baliza à instituição da norma jurídica individual inserta no dispositivo de determinado caso; esta – externa – caracteriza-se mediante a possibilidade do princípio inserto na *ratio decidendi* espraiar-se para além do caso concreto e constituir-se parâmetro a outros casos semelhantes.²⁸

A função externa da *ratio decidendi* é o elemento central do precedente, sendo idônea, sobretudo quando proferida no âmbito das cortes superiores – no caso do sistema jurídico brasileiro, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que tem caráter precípua de cortes de precedentes –, a universalizar-se com força vinculante nos casos especificamente prescritos pelo direito positivo²⁹, como se verifica no disposto no Art. 927 do Novo Código de Processo Civil, que elenca casos em que as *ratione decidendi* dos respectivos precedentes obrigatoriamente deverão ser observadas como balizas do discurso.

Portanto, há de se observar que a *ratio decidendi*, sobretudo no contexto das cortes superiores, é mesmo o elemento central do precedente judicial, haja vista que os fundamentos adotados pela corte em sede de prestação jurisdicional são essenciais para estabelecer a norma geral de caráter vinculante do precedente.³⁰

Há de se destacar, não obstante, que há decisões em que não se faz possível distinguir o respectivo princípio essencial por ocorrer defeito de fundamentação³¹, o que se pode verificar quando órgão colegiado profere acórdão em que os votos têm bases diferentes e nenhuma é sustentada pela maioria, não havendo, neste caso, porque falar-se em precedente, haja vista a ausência de *ratio decidendi*.³²

Além dos fundamentos que caracterizam a parte vinculante do precedente – *ratio decidendi* – há manifestações que não balizam diretamente a decisão, não obstante relevantes para a construção do discurso em sede de prestação jurisdicional, como considerações incidentais, acessórias ou secundárias, manifestações paralelas ou não determinantes para a solução do caso concreto, caracterizando o conceito de *obter dictum* – *obter dicta*, no plural. Destarte, “[...] *obter dictum* é tudo aquilo que, retirado da fundamentação da decisão judicial, não alterará a norma individual”.³³

²⁸ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 183.

³¹ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 32.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano XI, n. 65, p. 18-21, Mar.-Abr. 2015, p. 19.

³³ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 38-39. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 184-185. DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 387-388.

2.1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A interpretação do precedente judicial perfaz-se mediante processo intelectivo a ser realizado pelo magistrado comparando a *ratio decidendi* da decisão paradigma à circunstância do caso concreto sob análise, visando à aplicação do princípio jurídico daquele a este.

A técnica do *distinguishing* – ou *distinguish* –, de seu turno, consiste na demonstração de incompatibilidades entre a decisão paradigma e o caso sob análise, de sorte que a *ratio decidendi* vinculante do precedente não se aplique ao caso presente.³⁴

O processo de comparação aperfeiçoa-se em dois momentos: no primeiro momento – *distinguishing* método –, processo de comparação entre a *ratio decidendi* da decisão paradigma e o caso concreto sob análise; no segundo momento, ante a comparação adrede realizada entre o princípio jurídico vinculante e a situação sob análise em sede de prestação jurisdicional, identifica-se semelhança ou dessemelhança – *distinguishing* resultado.³⁵

Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso sub *judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o caso livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida nos casos anteriores, por entender que, a despeito das particularidades concretas, aquela tese lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).³⁶

Destarte, observa-se que a aplicação dos precedentes é inexoravelmente interpretativa, tendo como pedra de toque um processo de ponderação acerca da adequação da *ratio decidendi* da decisão paradigma a processos posteriores, devendo-se superar a concepção que promove a identificação entre súmulas e jurisprudência uniforme com precedentes, haja vista a flagrante distinção entre seus conceitos.³⁷

2.2 SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

A partir da atividade intelectual do *distinguishing*, é possível verificar que em algumas situações, para além de inadequação fática da *ratio decidendi* do precedente judicial

³⁴ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 54.

³⁵ *Ibidem*, p. 54-55.

³⁶ DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 403.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. *Op. Cit.*, p. 19.

ao caso *sub judice*, verifica-se impossibilidade conceitual de aplicação do princípio essencial da decisão paradigma, circunstância que demanda o processo de superação do precedente.³⁸

Neste contexto, é possível que se verifique superação total do precedente – *overruling* –, com a instituição de nova *ratio decidendi* e, por conseguinte, de precedente totalmente novo acerca da matéria em tela; ou superação parcial do precedente – *overriding* –, não havendo afastamento, mas readequação do princípio essencial da decisão paradigma às novas circunstâncias verificadas empiricamente em sede de prestação jurisdicional.³⁹

A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Embora possam existir outros motivos, [...] as hipóteses mais comuns de superação do precedente [são]: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexequível na prática.⁴⁰

No contexto de *overruling*, bem como em toda a sistemática de aplicação vinculante de precedentes judiciais, é mister que se observem segurança jurídica, isonomia – mesmo tratamento em sede de prestação jurisdicional a situações semelhantes – e estabilidade sistemática do Direito.⁴¹

O processo de *overruling*, neste contexto, caracteriza-se como estabelecimento de um novo precedente judicial, que, quanto a seus efeitos temporais, pode ser classificado como *retrospective overruling* – dotado de efeitos *ex tunc*, ou retrospectivos – ou *prospective overruling* – efeitos *ex nunc* ou prospectivos.⁴²

Neste contexto, os efeitos temporais do novo precedente podem ser classificados como i) de aplicação retroativa pura – aplicam-se as situações anteriores e posteriores à prolação, inclusive aquelas transitadas em julgado, ii) aplicação retroativa clássica – os efeitos espalham-se às situações anteriores, ressalvadas as em que haja trânsito em julgado, iii) aplicação prospectiva pura – o precedente tem aplicação tão-somente para as situações que ocorrerem posteriormente, não sendo contemplado, inclusive, o caso em julgamento, iv) aplicação prospectiva clássica – aplica-se o precedente para os casos futuros, exceto para os

³⁸ JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 59.

³⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 187.

⁴⁰ DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: *Op. Cit.* p. 406.

⁴¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 189.

⁴² JESUS, Priscilla Silva de. *Op. Cit.*, p. 66.

fatos do caso sob julgamento, v) aplicação prospectiva a termo – o novo precedente aplica-se a partir de data determinada pelo órgão judicial.⁴³

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão tem-se que o estabelecimento de conceitos fundamentais para a sistematização da aplicação do precedente judicial, tomando este como elemento proveniente mesmo da decisão judicial e, portanto, verificável independentemente de contingências do direito positivo o caracterizam como conceito lógico-jurídico inserto no âmbito da Teoria Geral do Processo e possibilitam a distinção de uma Teoria do Precedente Judicial, enquanto teoria processual particular.

Neste contexto, podem-se distinguir os conceitos de *ratio decidendi* e *obter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, como essenciais a Teoria do Precedente Judicial, restando ao direito positivo a delimitação dos efeitos dos precedentes.

Por *ratio decidendi* entende-se o fundamento essencial da decisão judicial, o motivo condutor do precedente, sem o qual a decisão não se estabeleceria nos moldes que se distingue, tendo o condão de vincular decisões posteriores em casos semelhantes. Todos os fundamentos que na decisão judicial não compuserem a *ratio decidendi*, são *obter dictum*.

A aplicação do precedente judicial se estabelece mediante processo intelectivo de comparação – *distinguishing* – em que a *ratio decidendi* do caso paradigma é comparada ao caso *sub judice* visando a observar a possibilidade de adequação deste àquela.

Verificada, a partir do processo de *distinguishing*, incompatibilidade conceitual da *ratio decidendi* capaz de inviabilizar a aplicação do precedente judicial, é mister proceder à sua superação – *overruling* – visando mesmo a consecução da isonomia em sede de prestação jurisdicional, à estabilidade do sistema jurídico e à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166-167.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, **Subchefia Para Assuntos Acadêmicos**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

CARDOZO. Benjamin N. **A natureza do processo judicial:** Palestras proferidas na Universidade de Yale (*The Nature Of The Judicial Process*). Tradução de Silvana Vieira. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 2.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Recife: Biblioteca de Teses e Dissertações UFPE, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://www.bdtd.ufpe.br/bdtd/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1090>. Acesso em: 24 fev. 2014.

JESUS, Priscilla Silva de. **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual.** Salvador: Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015,

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A Jurisdição Constitucional Aberta:** Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.** Ano XI, n. 65, p. 18-21, Mar.-Abr. 2015,

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In DIDIER JR. Freddie. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: *JusPODIVM*, p. 533- 588, 2010. (V.2).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 241, p. 177-208, JUL.-SET. 2005.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Freddie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: *JusPODIVM*, p. 749-769, 2010, (V. 2).

STRÄTZ, Murilo. O Direito Constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil Macccormick. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 19-35, Mai-Ago, 2012.