

DOCTRINA



**ROBERTO PORTUGAL
BACELLAR**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, doutor em Direito pela Universidade Nove de Julho (São Paulo), mestre em Direito pela PUC-PR, membro dos Comitês Gestores da Mediação e da Justiça Restaurativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), professor do PPGPD, mestrado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e membro da Comissão Acadêmica do Exame Nacional da Magistratura (CNJ-Enfam).

STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE: A SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

1. OS SISTEMAS JURÍDICOS E OS PRINCÍPIOS QUE OS ENFORMAM

A histórica e contundente expressão latina *stare decisis* significa dizer em grossas linhas ser necessário manter as decisões (posicionamentos jurisdicionais anteriores) em face da inconveniência de modificar aquilo que está quieto e estabilizado.

Conformado nessa concepção, temos a *Common Law*, sistema jurídico que tem por fonte as decisões judiciais que adquirem estabilidade, uniformidade e solidez no contexto de obrigatório respeito aos precedentes.

Entre as várias concepções e distinções entre os sistemas jurídicos e suas famílias no mundo ocidental, a *Common Law* é uma delas, e teria sido assim denominada a partir do direito comum nascido das sentenças judiciais decorrentes dos Tribunais de Westminster que se impôs a cada uma das tribos dos povos primitivos da Inglaterra (Soares, 2000)¹.

O direito comum a ser aplicado em todas e cada uma das colônias inglesas é coerente com um ideal de estabilidade, uniformidade e solidez conformado pelas regras da doutrina do *stare decisis*. Abro parêntese para dizer que é comum percebermos pronúncias diversas para a locução: alguns dizem “*stare diçáicis*” (Soares, 2000, p. 35), mas como se trata de expressão latina outros ficam entre “*estare detisis*” e “*estare decizis*”: tenho preferido as duas últimas formas de pronúncia. Fecho. A expressão indicaria que, uma vez julgada a causa, julgada está, não convindo discutir novamente as questões decididas (a lembrar, ainda que de forma distante, da nossa “coisa julgada”)².

Conforme Guido Fernando Silva Soares, a expressão latina completa se enuncia “*stare decisis et non quieta movere*” e se traduziria literalmente assim: “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões” (Soares, 2000, p. 35). Essa doutrina dá base para a denominada família *Common Law* que abarca o direito da Inglaterra e outros por ela influenciados, como o dos Estados Unidos da América (adotada em quase to-

1 Guido Fernando Silva Soares ensina que a *Common Law* se embasava nas sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, que eram constituídos pelo rei, e que acabariam por suplantar o direito costumeiro e particular de cada tribo, antes da conquista normanda em 1066, direito esse que era denominado de direito anglo-saxônico (Soares, 2000, p. 32).

2 O transplante de institutos jurídicos é muito complexo, por isso lembramos aqui algumas advertências pertinentes sobre o assunto. Coisa julgada, *res judicata*, *stare decisis*, ainda que pretendamos aproximar institutos de famílias diversas, dificuldades linguísticas e sobretudo de correspondência das realidades jurídicas (Soares, 2000, p.188) não nos permitem uma perfeita adequação. Por isso a citação de institutos aproximados serviu apenas para facilitar o entendimento, ainda que sem exata correspondência.

dos os seus Estados)³.

Não tem este artigo a pretensão de esgotar nem avançar nas muitas e, também, ponderáveis descrições dos diversos sistemas jurídicos híbridos, nem o sistema dos direitos socialistas (entre outros), e nem de aprofundar sobre distintos enfoques comparativos da própria *Common Law*⁴. Apresentamos para o momento o corte que interessa para a compreensão do tema, com referência a apenas duas das principais famílias, segundo a lição sempre presente e didática de René David (2014) na sua obra “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”. No contexto dos sistemas jurídicos do mundo ocidental, a segunda família romano-germânica é denominada de *Civil Law*.

Na expressão de Cícero de que devemos “ser escravos da lei para poder ser livres”, entre outras razões, está o comando de estar na lei e só na lei a garantia de respeito ao direito e à liberdade dos cidadãos, em detrimento ao arbítrio das pessoas dos governantes. Uma das principais características da *Civil Law* é o respeito à lei como fonte primária do direito, e por isso há uma tendência à codificação. Nele, o juiz não tem legitimidade para criar direito, e, conforme as ideias centrais de Montesquieu, o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Segundo a nossa Constituição da República, nessa linha positivista assegura-se que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei (artigo 5º, II).

No Brasil, todo o direito é apresentado, a princípio, como um sistema fechado codificado, e nele estão todas as respostas de que o juiz precisa para julgar. Ainda quando a solução não esteja clara na lei – *non liquet* (do latim *non liquere*: “não está claro”) –, o juiz é obrigado a julgar, e nesse caso não pode alegar obscuridade ou lacuna para se eximir de apreciar o caso

3 Os Estados Unidos pertencem ao sistema da *Common Law*, à exceção do território de New Orleans, que se tornou em 1812 o Estado da Louisiana (David, 2014, p. 453). Há Estados norte-americanos que são considerados mistos, com um considerável número de leis, mas ainda assim considerados integrantes da *Common Law*.

4 Além do confronto e aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* civil, muitas comparações e outras análises seriam possíveis entre *Common Law* e *Equity*, entre *Common Law* e *Statute Law*, conforme é possível extrair das lições de Soares (2000, p. 31-57).

(artigo 140 do Código de Processo Civil). Deverá, quando a lei for omissa, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No Brasil o direito se apresenta como um sistema fechado codificado, e nele estão as respostas de que o juiz precisa para julgar

Essa maneira de ver o direito e o juiz, muito diferente daquela visão estabelecida na *Common Law*, teria surgido, segundo Gustavo Santana Nogueira, durante o Império Romano, no século VI a.C, com o imperador Justiniano, considerado o codificador, que se empenhou por meio do jurista Triboniano na elaboração do *Corpus Juris Civilis*, que representou uma ruptura com o sistema então vigente no Império. O Direito Romano foi recepcionado por boa parte da Europa, em países que hoje são da família *Civil Law*, que “é assim chamada por causa da predominância do direito privado na codificação original, de Justiniano” (Nogueira, 2011, p. 22).

A divisão dos sistemas jurídicos não é estanque, e, em face de exigências globais, sociais e econômicas, há uma inevitável aproximação entre eles – e isso já vem ocorrendo há muitos anos. Essa integração é principalmente dirigida a que a família do sistema romano-germânico (*Civil Law*) busque aplicar fórmulas da *Common Law*, família dos direitos influenciada, como vimos, pelo direito da Inglaterra e adotada pela maioria dos Estados norte-americanos.

O Banco Mundial, na década de 1990 (Documento nº 319 do Banco Mundial, de 1996), traçou um planejamento estratégico que propunha a injeção de recursos com a pretensão de implementar modificações globais em alguns países de *Civil Law*,

como o Brasil, modificações essas que deveriam ser realizadas prioritariamente nas suas ordenações jurídicas⁵. As alterações, segundo as recomendações, deveriam ser sistêmicas, e se destinariam a beneficiar a economia⁶ – inclusive, deveriam partir de reformas constitucionais, a fim de que não fossem passíveis de serem revistas por esses países. Ao longo do tempo, a proposta seria transformar o Poder Judiciário em um setor eficaz e funcional para a promoção do desenvolvimento econômico mundial e com decisões previsíveis e favoráveis à abertura dos mercados (Bacellar, 2003, p. 244). Foi exatamente o que ocorreu com as reformas do Poder Judiciário brasileiro que seguiram a cartilha do Banco Mundial.

Tirante o viés crítico sobre as medidas preconizadas – e que eram expressamente destinadas a promover reformas constitucionais orientadas pelo processo de globalização, com regras perenes de valorização do comércio internacional –, temos muitos aspectos positivos. Se reconhece hoje que a integração entre os sistemas, ainda que promovida nos moldes recomendados pelas instituições internacionais, produziu e continua produzindo, no curso do tempo, um aperfeiçoamento gradativo e estrutural do Poder Judiciário, não só na gestão administrativa dos tribunais, como também na uniformidade da jurisprudência. Alguns doutrinadores com preocupações voltadas à melhoria do sistema oficial de resolução de conflitos também destacavam a importância de haver uma maior integração entre

5 O termo ordenação é adotado por inspiração do professor Newton De Lucca, que esclarece: “Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra ordenação jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ordenamento jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos” (De Lucca, 2009, p. 234). Da mesma forma, o professor trouxe a reflexão em relação ao emprego do verbo enformar, que temos adotado em nossos escritos, porque, melhor que informar, apresenta-se mais adequado. Diz Newton De Lucca que, embora o verbo informar, no sentido da filosofia, seja o de dar forma, o que corresponderia exatamente ao sentido que sempre emprestou aos seus trabalhos jurídicos, esse não é o sentido coloquial da palavra, denotativa de dar ciência de algo ou instruir. Em outras palavras, afirma que, diferente de informar (dar informação), é enformar, dar forma.

6 *Tribuna da Imprensa*, Paraná, 6 de agosto de 1998.

as famílias.

Cândido Rangel Dinamarco (1993, p. 21), depois de reconhecer a existência de peculiaridades próprias de cada sistema e de suas famílias, “diferentes entre si”, destaca a perseverança de ideias comuns e a necessidade de aplicar os chamados princípios informativos – significativos fatores de universalização da ciência do processo e indicadores de sua maturidade – na ciência jurídica contemporânea (Dinamarco, 1993, p. 21). O transplante responsável de institutos jurídicos de outros países, com abertura para a maior integração entre as famílias, tem apresentado soluções pragmáticas, tem colaborado com a efetividade do processo e com a possibilidade de se alcançar, num menor espaço de tempo possível (tempo razoável do processo), uma solução justa (Bacellar, 2003).

A pretensão de encontrar soluções justas, efetivas, transparentes, coerentes, estáveis, íntegras e que se adequem à realidade dos fatos muitas vezes não é compatível com um único sistema ou com um sistema que prestigia apenas a subsunção dos fatos às normas vigentes. O direito, por ser vivo, decorrer da dinâmica dos relacionamentos, a partir de fatos, de acordo com peculiaridades locais, temporais e culturais, não pode resumir-se à aplicação cega da lei. Também não pode (e essa é uma preocupação com os transplantes) deixar de aplicar cegamente a lei para aplicar cegamente os textos que formam a jurisprudência vinculante.

Boaventura de Souza Santos, ao tratar do *direito vivo*, o descreve como aquele em que, na sua aplicação, manifesta uma contraposição entre o direito oficialmente estatuído e aquele formalmente vigente. Socorre-se ele da dicotomia da sociologia americana a traduzir a discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz. Nesse sentido, afirma que, embora a tradição intelectual seja diversificada, ainda é dominante a visão normativista e substancialista do direito:

Dentre os grandes temas deste período refiro dois, a título de exemplo: a discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz, a célebre dicotomia *law in books/law in action* da sociologia jurídica americana; as relações entre o direito e o desenvolvimento socioeconômico e mais especificamente o papel do direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais. Em qual-

quer destes temas, bastante distintos, um centrado preferentemente nas preocupações sociais dos países desenvolvidos e outro nas dos países em desenvolvimento, são nítidos o privilegiamento das questões normativas e substantivas do direito e a relativa negligência das questões processuais institucionais e organizacionais (Souza Santos, 2006, p.163-164).

Com a diretriz de que o processo civil brasileiro é hoje orientado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas constitucionais, amplia-se a possibilidade – cada vez maior, e hoje concreta –, por parte dos profissionais do direito de ressignificar os seus papéis. Estamos (os profissionais do direito) autorizados a implementar institutos jurídicos diferenciados, inovações em modelos de serviços judiciários, amparados não só na lei, mas nos princípios constitucionais e em decisões judiciais relevantes proferidas pelos tribunais superiores, para melhorar o nosso sistema.

Na *Common Law*, como esclarece Guido Fernando da Silva Soares (2000), o fio condutor que permeia o sistema é o de que o direito existe para resolver questões concretas. O juiz, muito mais do que a boca inanimada da lei, pode ser (no Brasil) a sonora voz do direito que dela precede. A voz do juiz transcrita em suas decisões tem potencial de criar o direito por meio da interpretação de princípios constitucionais a partir do fundamento antropológico comum da dignidade da pessoa humana⁷.

Na Common Law, o fio condutor que permeia o sistema é o de que o direito existe para resolver questões concretas

7 Li pela primeira vez a expressão “base antropológica comum”, a dar qualificação ao princípio da dignidade da pessoa humana, em Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 148). Com essa inspiração, tenho utilizado o termo “fundamento antropológico comum” quando pretendo qualificar a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República, com seu fundamento antropológico comum (artigo 1º, III), visa a assegurar, de forma ética, os direitos sociais e individuais, a segurança jurídica e o bem-estar como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, conforme estabelecido em seu preâmbulo.

A ordenação processual é enformada pelos princípios da eficiência, da cooperação, da instrumentalidade metodológica, da segurança jurídica (previsibilidade e estabilidade), da subsidiariedade e pacificação (estímulo aos métodos consensuais), da adaptabilidade, da adequação (solução por métodos adequados), celeridade com solução integral de mérito, entre outros, que lhe dão forma no ambiente de um novo processo civil constitucional brasileiro.

Esse novo processo civil constitucional, aproximando os sistemas jurídicos, como vimos, representa uma transformação significativa no direito processual brasileiro por meio de variados instrumentos metodológicos, entre eles o modelo de precedentes que visa a promover uma maior segurança jurídica, celeridade, eficiência e uniformidade na aplicação do direito em todo o território nacional por todos os segmentos da justiça (estadual, federal, do trabalho, militar e eleitoral).

2. A SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Breve histórico

A metodologia voltada a compor a súmula do entendimento do direito brasileiro nasceu como um instrumento desenvolvido pelo Poder Judiciário para uniformizar a interpretação das

leis e proporcionar maior segurança jurídica. A súmula⁸ se expressa por enunciados que consolidam o entendimento dominante de um tribunal sobre determinada questão jurídica, ou seja, o conteúdo da súmula de jurisprudência é composto de teses jurídicas e enunciados que se reiteram de forma dominante no âmbito de um tribunal. De Plácido e Silva explica: “Do latim *summula* (resumo, epítome breve), tem o sentido de sumário, ou de índice de alguma coisa. É o que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão (Silva, 1997, p. 297).

Desde Portugal, havia a tentativa voltada à consolidação do entendimento dominante e a ideia de uniformização da jurisprudência, o que era previsto nas ordenações Manuelinas (Assis, 2016, p. 330), que previam assentos, lançados no Livro Verde, numerados e assinados pelo regedor da Casa de Suplicação com força obrigatória e destinados a persuadir os órgãos judiciais inferiores a seguir e acatar as decisões de órgãos superiores. No Brasil, em 1963, Victor Nunes Leal, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), criou o seu Livro Verde, talvez inspirado nos cadernos do regedor, que levava para as sessões, registrava o número do processo, data do julgamento, o nome do ministro relator, o conteúdo de seu voto, além de conter os argumentos principais que fundamentavam o voto de cada ministro sobre a questão debatida. Até hoje o caderno de capa verde compõe o acervo da biblioteca do STF, que leva seu nome e é um elemento importante e histórico⁹. Victor Nunes Leal avançou nessa ideia de organizar de forma cuidadosa cada um dos

8 “O termo ‘súmula’ [...] vem do latim, e é já uma expressão plural, que representa o conjunto de decisões de um tribunal. Tecnicamente, não é correto dizer ‘as súmulas’, e tampouco ‘a Súmula 7’; súmula é uma única, para cada corte” (Abboud, Lunelli e Schmitz, 2014, p. 37).

9 Consta do portal do Supremo Tribunal Federal que, “pioneiro na sistematização da jurisprudência da Corte, ministro Victor Nunes Leal dá nome à biblioteca do STF”. Destaca que a biblioteca está no local mais importante dentre as dependências do Supremo, ganhou seu nome e foi inaugurada em 18 de abril de 2001, em homenagem ao ministro que, com organização, eficiência e método de reunião de informações, mudou a forma de trabalho no Tribunal (disponível em: <<https://stf.jus.br/noticias/...>>. Acesso em: 29/4/2024).

enunciados que integravam a jurisprudência do STF e apresentou proposta que foi materializada na Emenda Regimental nº 2, que introduziu oficialmente a súmula de jurisprudência no contexto do STF¹⁰. Essa iniciativa, desde aquela época, buscava solucionar a grande quantidade de processos repetitivos e promover uma jurisprudência estável e coerente, facilitando a aplicação do direito pelos juízes e garantindo previsibilidade nas decisões judiciais.

Extraí-se da pesquisa que a súmula de jurisprudência do STF tinha dois objetivos bem definidos: i) coordenar o trabalho de publicidade das decisões proferidas pelo Supremo, vez que à época a divulgação dos julgamentos demandava uma logística

10 A emenda inseriu o Capítulo XX, no Título III, do Regimento, com a seguinte redação (DJ, 30/6/63): “Art. 1º. É criada, no Supremo Tribunal Federal, a Comissão de Jurisprudência, integrada por três Ministros, designados pelo Presidente. Art. 2º. Compete à Comissão de Jurisprudência: [...] IV - velar pela publicação e atualização da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, a que se referem os artigos seguintes. [...] Art. 4º. Será publicada, como anexo do Regimento, com as atualizações que se fizerem necessárias, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser citada abreviadamente como Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou simplesmente Súmula. Art. 5º Serão inscritos na Súmula enunciados correspondentes: I - as decisões do Tribunal por maioria qualificada que tenham concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (Reg., artigo 87, § 6º); II - a jurisprudência que o Tribunal tenha por predominante e firme embora com votos vencidos. Art. 6º. A inscrição de enunciado na Súmula será decidida pelo Plenário, por proposta da Comissão de Jurisprudência, ou de qualquer dos Ministros, com o parecer da Comissão. Parágrafo único. O enunciado será sucinto e mencionará as normas constitucionais, legais, regimentais ou de regulamento, a que se refira. Art. 7º. Qualquer dos ministros, por iniciativa própria ou atendendo a sugestão constante dos autos, poderá propor ao Tribunal a revisão de enunciado constante da Súmula quando surgir a oportunidade em processo ou incidente processual, observando-se, em matéria constitucional, o disposto no artigo 87, § 6º, do Regimento. Art. 8º. Sempre que o Plenário decidir em contrário ao que constar da Súmula: I - será cancelado o respectivo enunciado até que de novo se firme a jurisprudência no mesmo ou em outro sentido; II - em matéria constitucional, será substituído o enunciado pelo que resultar do voto da maioria qualificada (artigo 87, §§ 1º e 2º). [...] Art. 11. Permanecerão vagos, para o caso de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que forem cancelados, e estes, para efeito de confronto, serão publicados em apêndice, nas edições sucessivas da Súmula. Art. 12. A Súmula terá um índice de matérias, dividido em capítulos, correspondentes aos grandes ramos do direito, sem prejuízo de índices auxiliares a critério da Comissão de Jurisprudência. Art. 14. A citação da Súmula será feita pelos números correspondentes, e dispensará perante o Supremo Tribunal Federal a citação complementar de outros julgados no mesmo sentido”.

muito mais complexa do que hodiernamente; e ii) contribuir com a celeridade dos julgamentos, sobretudo em questões jurídicas repetitivas. Nesse segundo aspecto, o sistema tinha por foco direto a atividade judicante.

A criação da súmula de jurisprudência do STF, segundo o próprio ministro Victor Nunes Leal, não pretendia gerar obrigatoriedade, e não representava ameaça à atividade judicante, muito menos prejuízo ao trabalho dos advogados. Nesse sentido apontou:

A súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação. Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seus recursos como quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento. (Leal, 1997, p. 52)

Como se vê, a súmula de jurisprudência do STF não tinha caráter vinculante e nem a pretensão de que viesse a obrigar seu cumprimento, e destinava-se a servir tão somente como um importante instrumento de persuasão para os operadores do direito. Foi um estágio significativo que serviu de base para o atual contexto de uniformização e consolidação da jurisprudência nacional.

2.2. Tipos de súmula

Nosso atual sistema, com objetivo de harmonizar e uniformizar o entendimento sobre o direito nos tribunais, disciplina de maneira distinta a situação e consagra inclusive a súmula

vinculante (artigo 103-A, da Constituição Federal¹¹), de observância obrigatória, mantendo a ideia de súmula de jurisprudência dominante, com caráter meramente persuasivo (artigo 926, §§ 1º e 2º, do CPC¹²). Até a edição do novo CPC, observava-se, ainda, existência da súmula impeditiva de recurso (artigo 518, § 1º, do CPC revogado)¹³. Não se desconhece, por certo, o entendimento de que a nova sistemática processual teria suprimido o instituto, conforme esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves:

O novo Código de Processo Civil não prevê a súmula impeditiva de recursos como requisito específico de admissibilidade da apelação, até porque o juízo de primeiro grau não faz mais juízo de admissibilidade da apelação. E, uma vez no tribunal de segundo grau, aquilo que cinicamente era tido pelo artigo 518, § 1º, do CPC/1973 como pressuposto de admissibilidade recursal será enfrentado e decidido por aquilo que realmente é, ou seja, o mérito recursal. Afinal, se uma apelação não é recebida porque por meio dela se impugnou uma sentença que está em conformidade com determinada súmula dos tribunais superiores, será exigido do órgão julgador uma análise do conteúdo do recurso à luz do teor da sentença, o que parece ser julgamento de mérito. Sem juízo de admissibilidade da apelação no juízo de primeiro grau, a aberração criada pela súmula impeditiva de recursos é suprimida do sistema, sem deixar saudade. (Neves, 2015, p. 551)

A súmula impeditiva de recurso, de fato, não foi explicita-

11 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

12 “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 à sua jurisprudência dominante. § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (Código de Processo Civil).

13 “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. [...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

mente mencionada ou extinta pelo novo Código de Processo Civil (CPC), de 2015. O novo CPC, entretanto, introduziu mudanças significativas no tratamento da jurisprudência e na racionalização dos recursos, que podem ser vistas como uma evolução ou substituição da ideia de súmula impeditiva de recurso, desnecessária na nova ordem processual. O CPC de 2015, portanto, reestrutura e moderniza o tratamento da jurisprudência e dos recursos e aprimora a sistemática de precedentes a fim de promover a uniformização da jurisprudência, assegurar maior segurança jurídica e alcançar a tão desejada celeridade processual. Há a introdução de mecanismos específicos, alguns já conhecidos e outros inovadores, para consolidar a jurisprudência e racionalizar a interposição de recursos.

A súmula de jurisprudência dominante – também chamada de persuasiva¹⁴ – é um enunciado que reflete a interpretação consolidada e reiterada de um tribunal sobre uma determinada matéria jurídica, e de certa forma mantém a mesma característica originária que justificou sua criação. Tem como objetivo uniformizar a aplicação do direito, promover a segurança jurídica e reduzir a quantidade de litígios sobre questões já estabilizadas. Embora careça de força coercitiva, “sua eficácia permanece por conta da natural proeminência e respeitabilidade que o tribunal emissor exerce perante as demais instâncias a ele reportadas” (Ericksen, 2013, p. 184).

Ponto diverso a ser destacado no tocante às súmulas persuasivas refere-se ao fato de que elas podem tratar de qualquer matéria em seu conteúdo. Dado o fato de que seu escopo primordial é apenas compendiar o entendimento de um tribunal acerca de alguma matéria, não há razão para limitar seu campo de atuação, de maneira que esse campo acaba por ser mais elástico que o das demais espécies de súmula, as quais ficam restritas a determinadas matérias preestabelecidas. O caráter persuasivo das súmulas é apenas um indicativo do pensamento conflagrado por uma determinada corte ou tribunal. Exaspera, portanto, uma linha de pensamento ou uma tendência a ser seguida na análise de casos semelhantes, sem que, contudo, se possa extrair um

14 “Sem querer revolver a discussão acerca da força vinculativa da jurisprudência, nesse caso, das súmulas editadas pelos tribunais, há de se ter em mente que o conteúdo dos verbetes sumulados mantém-se na regra da mera persuasão dos operadores do direito” (Ericksen, 2013, p. 183).

conteúdo jurídico-normativo mais amplo de suas premissas mais básicas. (Ericksen, 2013, p. 184)

Na ordenação jurídica brasileira, o instituto se aperfeiçoa, se amplia e encontra seus fundamentos em diversos dispositivos legais e princípios constitucionais:

a) De início, tem-se o artigo 926 do CPC. O dispositivo prevê deverem os tribunais "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", expressando, dessa forma, a necessidade de harmonização para alcance da estabilidade da jurisprudência, o que promove segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

b) As disposições do artigo 927 do CPC destacam:

Os juízes e 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 extraordinários e especiais 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.

Extrai-se da norma a orientação de que, para a uniformização do entendimento do direito brasileiro em matéria constitucional e infraconstitucional, os pronunciamentos nela previstos – decisões do STF, enunciados de súmula vinculante, acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, além das orientações do plenário ou órgão especial – devem ser observados pelos juízes e tribunais, o que reafirma o propósito de alcançar a estabilidade, a integralidade e a coerência de todo o sistema.

c) Há o mecanismo dos recursos repetitivos, que retrata uma sistemática mais robusta para hipóteses de multiplicidade de recursos (artigos 1.036 a 1.041), a determinar que, quando um

tribunal superior (STF ou STJ) julga um recurso representativo de controvérsia, seu entendimento deve ser aplicado a todos os casos idênticos, o que promove a uniformização da jurisprudência de acordo com a tese firmada.

d) O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) dos artigos 976 a 987 permite aos tribunais locais identificar e julgar questões de direito que sejam comuns a diversos processos, e com isso uniformizar a jurisprudência, evitando a proliferação de recursos sobre o mesmo tema.

e) Um marco significativo na evolução do sistema de uniformização da jurisprudência nacional foi a introdução de uma nova concepção de súmula que é vinculante, e foi trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (reforma do Judiciário), a determinar que um enunciado editado pelo STF, diferentemente da súmula de jurisprudência dominante, obriga sua observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. É uma inovação jurídica no sistema processual constitucional brasileiro, destinada a uniformizar a interpretação e a aplicação do direito, especialmente no tocante à Constituição da República, além de coibir a proliferação de decisões conflitantes em questões de grande relevância nacional.

Ainda no período de sua vigência, o Código de 1973 assistiu à instituição de *súmulas vinculantes* pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (artigo 103-A, CF). Com isso, as súmulas – que inicialmente tinham por função *facilitar a tarefa de controle* então exercida pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente *evitar a admissão de recursos* – passaram a ter uma função de *determinação de conteúdo das decisões judiciais*. As súmulas deixaram de conter orientações apenas para os ministros do próprio Supremo Tribunal Federal e *passaram a veicular normas para todo o Poder Judiciário e para toda a administração pública*. Em outras palavras, assim como ocorreu com a jurisprudência, também as súmulas adquiriram uma feição preventiva – evitar julgamentos desconformes à jurisprudência assentada. (Mitidiero, 2023, p. 77)

A introdução da súmula vinculante na ordem jurídica brasileira encontra seu fundamento legal na Constituição da República e em legislações complementares. Os principais dispositivos legais que a contemplam estão a princípio no artigo 103-A

da Constituição¹⁵ (introduzido pela EC nº 45/2004), bem como na Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o procedimento para sua aprovação, revisão e cancelamento. A opção, pelo Brasil, da ideia da adoção de súmula vinculante não é uma unanimidade. Críticas por parte da doutrina sustentam que sua implementação pelo Poder Judiciário retiraria o poder do juiz de analisar o caso conforme peculiaridades do lugar e poderia caracterizar atividade legislativa que extrapolaria o âmbito de sua competência. Nesse sentido, Sérgio Sérulo da Cunha:

A súmula vinculante criada pela EC nº 45/2004 vai além dos assentos, e coloca-se acima da lei. Primeiro, porque é próprio da lei ser interpretada, mas é da natureza perversa da súmula proibir a própria interpretação; segundo, porque a lei pode ser mudada ou revogada por outra lei, mas a súmula não. O Poder Legislativo poderá sem dúvida disciplinar de modo diferente a matéria objeto de uma súmula, mas só o Supremo Tribunal Federal poderá revê-la, ou dizer que ficou prejudicada com a nova disciplina normativa. Um dia vai cair a ficha do Congresso – particularmente do Senado –, que abdicou de sua competência constitucional. Não tem Constituição o país em que qualquer pessoa, natural ou jurídica, ferida (ou acreditando-se ferida) em seus direitos constitucionais, não pode ser ouvida pelo juiz do lugar. Regimes de controle concentrado não se estabelecem para a guarda da Constituição, mas para a preservação do poder. O controle de constitucionalidade é meio de defesa do povo contra o governo, e o sistema de controle, estabelecido em defesa de si própria pela Constituição, não pode ser alterado sem ruptura constitucional. (Cunha, 2004, p. 51)

O texto que compõe a jurisprudência (incluídos aqui os enunciados da súmula) realmente precisará passar por algum grau de conformação, confronto e interpretação, até para que seja possível que o juiz do lugar faça, com independência, a distinção para negar aplicação nas situações de fato que se distingam do julgado que lhes deu sustentação. Outras críticas apontam a inconstitucionalidade da inovação e confrontam a incorporação ao sistema da súmula vinculante que daria passos

15 "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

a se afastar do fundamental princípio da legalidade, como faz José de Albuquerque Rocha (2009):

Por conseguinte, o art. 103-A, ao conferir competência ao Supremo Tribunal Federal para produzir normas gerais e abstratas mediante a emissão de enunciados de súmula vinculante, infringe o mencionado artigo 5º, II, da Constituição, que reserva a matéria à competência absoluta do legislador democrático, o que configura sua inconstitucionalidade por incompetência material, isto é, por praticar ato normativo de caráter geral e abstrato sem a necessária competência material, eis que reservada a competência do legislador democrático. Em se tratando de incompetência da autoridade criadora do ato, em razão da matéria, o vício invalida de inconstitucionalidade o próprio ato normativo que tem por objeto a matéria reservada ao legislador democrático e, em consequência, o texto legislativo e as normas dele derivadas. Quanto à súmula vinculante, se o ato que confere poderes ao Supremo Tribunal Federal para editar enunciados de súmula vinculante é inválido por inconstitucionalidade, segue-se, logicamente, que o Supremo Tribunal Federal carece de competência para emitir súmulas vinculantes, pelo que são nulos por inconstitucionalidade os atos produtores de súmula vinculante, os enunciados sumulares e as normas deles derivadas. (Rocha, 2009, p. 116)

A perspectiva crítica aponta a violação ao princípio da legalidade na atribuição de efeito vinculante à súmula do STF. Nesse sentido, veja-se a afirmação de Maria Helena Mallmann Sulzbach sobre o efeito vinculante:

[...] Significa alterar o princípio constitucional que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (artigo 5º, II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provida do parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais. A possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelos tribunais de cúpula significa atribuir a esses competência de cassação e afirmação das normas, com evidente fragilização do Poder Legislativo e, acima de tudo, subtração de sua prerrogativa formal de legislar. Trata-se, ao nosso ver, de sucedâneo judiciário de medida provisória, e, portanto, é mais uma forma de usurpação das funções legislativas do Congresso Nacional. E mais, sob o enfoque das consequências da edição de comando legislativo compulsório, ao qual o juiz se submete obrigatoriamente, há evidente supressão do proces-

so de renovação do direito através da jurisprudência. Suprimindo-se o princípio do livre convencimento do juiz, suprime-se também uma das principais fontes desse processo que tem, em sua origem o exercício da advocacia, que fica restrito e limitado a requerer ao Judiciário simplesmente a aplicação do enunciado vinculativo. Com o engessamento do processo de renovação do direito, fica a indagação: de que realidade e em que fatos sociais dinâmicos os tribunais de cúpula irão buscar inspiração para editar os seus comandos legislativos? Não tenho qualquer dúvida de que a busca da solução justa de cada processo é inerente à democracia, que não pode ser abalada a pretexto de des congestionamento do Judiciário. (Sulzbach, *apud* Silva, 1997).

A despeito das críticas, o sistema se consolidou no direito pátrio, no próprio STF e hoje encontra-se em pleno funcionamento, ainda que se exijam necessárias adequações e ajustes. No âmbito do Congresso Nacional, a adoção da súmula vinculante parece ter sido admitida sem maiores discussões, e até ratificada, sobretudo após a edição da Lei nº 11.417/2006, que trouxe balizas consistentes para sua efetiva aplicação.

2.3. Funções da súmula no *Comon Law* e no *Civil Law*

No sistema de *Common Law*, que é predominante em países como os Estados Unidos e a Inglaterra¹⁶, as decisões judiciais anteriores têm um papel fundamental na formação do direito. Esse sistema é baseado no princípio ou na denominada doutrina do *stare decisis* – manter o decidido. Os precedentes, nesse contexto, desempenham um papel central, apresentando três funções distintas.

Assim, os juízes não apenas interpretam a lei, mas também a criam e a desenvolvem. O próprio direito se desenvolve a partir de suas decisões nos casos concretos. Para além disso,

16 Há referências de que a *Common Law* ocorreria no Reino Unido ou no sistema britânico. Conveniente fazer a ressalva de que a Escócia pertence à família romano-germânica, por isso dizemos predominar nos Estados Unidos e Inglaterra. Da mesma forma evitamos dizer sistema anglo-saxão, que, conforme já dissemos e é esclarecido por Guido Fernando Soares, designa o sistema dos direitos que regiam as tribos antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país (Soares, 2000, p. 25).

as decisões dos tribunais superiores têm caráter vinculante para os tribunais inferiores. Isso significa que um juiz de uma instância inferior deve seguir o entendimento de um tribunal superior ao julgar casos semelhantes. Por fim, embora os precedentes sejam importantes, eles podem ser adaptados ou até superados por novas decisões que se ajustem às mudanças sociais, tecnológicas e jurídicas. Esse mecanismo, ainda que no âmbito do *stare decisis*, permite uma certa flexibilidade e evolução contínua do direito.

Interessante observar, diferente do que muitos pensam, que o respeito aos precedentes nesse sistema não advém de obrigação legal, tampouco de receio de alguma espécie de sanção por sua inobservância, e, sim, por imperativo moral e respeito à estabilidade, previsibilidade e isonomia que devem ser inerentes ao sistema jurídico:

Confesso ter ficado surpreso ao constar que no *Common Law* os juízes não são obrigados por lei (entenda-se, norma legislada) a seguir decisões precedentes. Isto é, não são forçados a adotar determinado entendimento, em razão da expectativa de virem a suportar uma sanção. Não costuma haver regras legisladas a respeito da obediência a precedentes. [...] Essa importância do precedente na operação do sistema jurídico e o papel deste na sociedade já foram percebidos no âmbito da Suprema Corte norte-americana. Na década de 1970, ao refletir sobre a oportunidade de modificação de precedentes consolidados (*overruling*), notou o risco que significa alterá-los sem apoio em sólidos fundamentos. A esse respeito, consignou que a força do precedente e o correlato impulso de respeitá-lo estão intimamente relacionados com a necessidade de se preservar a *confiança da sociedade no Judiciário* (o que significa, em termos amplos, no *sistema jurídico*) como fonte de julgamentos consistentes e impessoais. (Santos, 2014, p. 500-502)

No sistema de *Civil Law*, que é predominante em países como Brasil, França e Alemanha, o direito é majoritariamente codificado em leis escritas e detalhadas, e as decisões judiciais têm um papel diferente. No Brasil a súmula de jurisprudência cumpre funções distintas em comparação com o *Common Law*¹⁷, ao propósito de consolidar o entendimento dominante sobre determinadas matérias, assegurar a previsibilidade, a

17 Em que se atribui ao Judiciário a criação do direito.

uniformidade e a segurança jurídica. Ela funciona mais como diretriz que orienta a atuação dos juízes¹⁸.

Cada vez mais as funções dos precedentes e da súmula da jurisprudência dos tribunais se aproximam nos dois sistemas. Emerge uma cultura jurídica híbrida, calcada na jurisprudência consolidada dos tribunais, incorporando elementos tanto do sistema de precedentes inerente ao *Common Law* quanto do respeito ao direito legislado – a lei como objeto primário do direito –, característica do *Civil Law*.

No Brasil, o processo de integração e incorporação de instrumentos da *Common Law* tem exigido muitas reflexões e até ressignificação do papel dos próprios profissionais do direito, fundamentalmente do magistrado, que passa a ser intérprete de normas editadas pelo Poder Legislativo, de normas advindas do Poder Judiciário e um verdadeiro intérprete avançado de princípios constitucionais.

3. O PAPEL DO JUIZ NA APLICAÇÃO DAS SÚMULAS: DISTINÇÃO E CONFRONTO ANALÍTICO

O magistrado brasileiro está habituado a trabalhar com a ideia básica de subsunção, e, uma vez provocado, analisa os fatos, a legislação pertinente e a aplica ao caso concreto mediante o processo de interpretação. O dispositivo de sua decisão é o que faz coisa julgada, e as razões de decidir é que fundamentam seu raciocínio silogístico. A premissa maior é a lei; a premissa menor são os fatos; e a sentença é a síntese, *retratando* a solução jurídica dada ao caso. Muitos fundamentos que são trazidos no

18 Há, como vimos, a súmula vinculante de caráter obrigatório, que deve ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública, direta e indireta. São institutos inspirados na doutrina do *stare decisis* com semelhantes precedentes vinculantes – *binding precedents* – que se desenvolveram naturalmente no Direito do sistema de *Common Law*, tendo a jurisprudência como principal fonte de normas (Campos, 2019, p. 52).

pronunciamento do juiz o são apenas para fortalecer seu raciocínio (*obiter dictum*). Entretanto, eles não integram a essência do seu raciocínio e o fundamento da decisão (*ratio decidendi*).

No que concerne aos mecanismos de unidade e harmonização da jurisprudência brasileira no contexto do sistema de precedentes, algumas modificações são perceptíveis para o adequado trabalho dos magistrados. Terá o magistrado ao analisar a súmula da jurisprudência dominante de distinguir os *obiter dicta* (este é o plural de *obiter dictum*) da verdadeira razão de decidir (*ratio decidendi*) como um exercício mental indispensável no estudo dos precedentes judiciais, já que os seus efeitos (precedente judicial) serão extraídos da razão de decidir, e não de eventual *obiter dictum*.

Será necessário, também, desenvolver algumas técnicas como a de confronto, distinção, indicação de superação do precedente, em análise do caso e interpretação do decidido. As situações se distinguem quando se trata de aplicar (ou não) o precedente de tribunal superior ou de igual hierarquia, daquelas em que se trabalha e analisa a superação (ou não) do próprio julgado considerado como precedente¹⁹. É uma espécie de interpretação avançada²⁰, e dela decorrerá a credibilidade para

19 A superação deve dar-se pelos tribunais superiores em face da ideia de *stare decisis* vertical ou externa, mas ela ocorre na discussão que se estabelece entre os julgadores no ambiente interno *stare decisis* horizontal ou interna, a fim de manter a coerência e atualidade de seus próprios julgados – que, se não expressarem a justiça do caso, não terão credibilidade para se impor aos juízos inferiores de maneira vertical.

20 Historicamente, o STF travou, por seus ministros, algumas discussões significativas sobre a possibilidade ou não de promover essa interpretação avançada. Note-se, em Victor Nunes Leal: “Tive ocasião, no STF, de contrariar essa tentativa de interpretar a súmula. Dizia eu (RT/, 45/73 e segs.): ‘A súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência [...]’. Em alguns casos, interpretar a súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a súmula quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado, previsto no Regimento”. [...] A isso replicou o ministro Elói da Rocha: “Se tenho, como juiz, o poder de interpretar a mesma Constituição, poderei interpretar a súmula”. [...] “V. Excelência – insisti – tem, evidentemente, o poder de interpretar qualquer decisão nossa, e, portanto, a nossa jurisprudência sintetizada na súmula. Mas a súmula é um método de trabalho através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modi-

sustentabilidade do próprio sistema, que terá o desafio de assegurar coerência na aplicação do direito quanto a justiça individualizada para cada caso.

A técnica de confronto envolve a comparação direta entre o caso concreto e a interpretação dos fundamentos da súmula. O juiz analisa se os elementos fáticos e jurídicos do caso em julgamento coincidem com aqueles que foram considerados na formulação da súmula ou se há uma modificação relacional, cultural e temporal que recomenda sua não aplicação.

A técnica de distinção – *distinguishing* –, por sua vez, é utilizada quando o juiz identifica que o caso concreto tem características específicas que o diferenciam dos casos que deram origem à súmula. Nessa situação, o juiz pode decidir não aplicar a súmula com base nos seguintes passos: i) identificação das diferenças fáticas e jurídicas entre o caso concreto e os casos que fundamentaram a súmula; ii) justificação da decisão, etapa em que deve justificar claramente por que as diferenças identificadas são relevantes e suficientes para não aplicar a súmula; e iii) aplicação de normas alternativas, etapa em que o magistrado pode recorrer a outras normas jurídicas, precedentes ou princípios gerais do direito que sejam mais adequados para resolver o caso de acordo com suas peculiaridades. Sobre essa sistemática, Fred Didier Jr. aponta:

[...] Consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação do precedente no caso concreto, se as eventuais dissemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele; ou b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele. Por *distinguishing* se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também o resultado desse confronto, quando constatada diferença entre os elementos comparados. (Didier Jr., 2016, p. 206)

Ainda que o CPC de 2015 reforce a importância da obser-

ficá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia" (Leal, 1981, p. 12 e 13).

vância dos precedentes, recomenda-se que os juízes sempre façam o confronto e utilizem os critérios de análise da distinção a fim de verificar a adequação da súmula da jurisprudência às particularidades dos casos concretos (artigos 926 e 927), afastando sua adoção automática, mecânica e descolada das questões fáticas da realidade. Cássio Scarpinella Bueno destaca que a técnica de confronto assegura a coerência na aplicação do direito, enquanto a distinção permite a flexibilidade necessária para uma justiça individualizada:

A aplicação (ou não) do precedente exige do magistrado adequada e completa fundamentação apta a justificar a incidência (ou não) do anterior julgado (o precedente) ao caso presente. A importância da fundamentação é tanto mais importante na medida em que o ônus argumentativo da pertinência (ou não) do precedente é também do magistrado, máxime porque deve ser oportunizado às partes que se manifestem, previamente, acerca do assunto. E não basta, como é frequentíssimo nos dias de hoje, que seja mencionado o precedente ou a súmula, quando muito parafraseando-a, ou, mais precisamente, parafraseando o texto de seu enunciado, sem fazer qualquer alusão ao que, de concreto, está sendo julgado na espécie. Essa exigência é expressamente assegurada pelo § 1º do artigo 927. Os incisos V e VI do § 1º do artigo 489, não por acaso, são expressos ao rotularem de carente de fundamentação a decisão que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos", e a que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". [...] A existência de distinção do caso para justificar a não observância do precedente é elemento inerente a uma verdadeira teoria dos precedentes a ser construída, com os devidos temperos nacionais, pela doutrina brasileira. Tanto quanto a demonstração fundamentada de que o precedente se aplica por causa das peculiaridades do caso concreto. (Bueno, 2016, p. 399 e 738-739)

Realizar uma interpretação avançada com confronto e aplicação dos critérios de distinção é vital para a adequada e justa incorporação da súmula no sistema *Civil Law*. Ao mesmo tempo, a técnica de distinção permite a flexibilidade necessária para considerar as especificidades de cada caso, promovendo uma justiça mais equitativa e individualizada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe um sistema melhor que o outro, o que existe é uma integração entre os sistemas, com um propósito maior, que é o de encontrar uma solução mais justa, efetiva e adequada aos conflitos. Como já dito, no Brasil todo o direito era apresentado, a princípio, como um sistema fechado e codificado, e nele estavam todas as respostas de que o juiz precisava para julgar.

Ainda quando a solução não estivesse clara na lei – *non liquet* –, o juiz sempre foi obrigado a julgar. Continua não podendo se eximir de julgar, porém conta com ferramentas da doutrina do *stare decisis*, e, ao aplicá-las, irá comparar os casos concretos com os fundamentos da súmula de jurisprudência, a fim de garantir a estabilidade, a integralidade, a uniformidade e a coerência aos julgados, o que dará a eles (desde que adequadamente confrontados) credibilidade para serem seguidos espontaneamente, além de propiciar maior segurança jurídica.

A pretensão de encontrar soluções justas, efetivas, transparentes, coerentes, estáveis, íntegras e que se adequem à realidade dos fatos muitas vezes não é compatível com um único sistema ou com um sistema que prestigia apenas a subsunção dos fatos às normas vigentes, e que agora pretende a subsunção com o precedente. O direito, por ser vivo, decorrer da dinâmica dos relacionamentos, a partir de fatos, de acordo com peculiaridades locais, temporais e culturais, não pode se resumir à aplicação cega da lei. Também não pode, e essa é uma preocupação com os transplantes, passar a aplicar cegamente os textos que formam a jurisprudência vinculante²¹.

Houve uma interação entre os sistemas, e com isso nosso sistema jurídico avançou para promover o efetivo controle de constitucionalidade e adotar em parte a doutrina do *stare decisis*. Temos, exemplificativamente, muitos instrumentos que se propõem a cumprir com a nova doutrina. Entre eles, podemos

21 Deve-se lembrar que o precedente não é lei, nem pode ser criado como se lei fosse (Campos, 2019, p.58); também não deve ser aplicado sem uma análise e interpretação de seu texto, conforme o contexto.

citar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a súmula vinculante, a força bloqueadora/impeditiva de recursos que conflitem com jurisprudência consolidada e com a súmula do posicionamento dos tribunais superiores, o julgamento de casos paradigma e prejudicialidade de casos que retratem demandas idênticas.

Ocorreu a efetiva aproximação (entre os sistemas e as famílias) no propósito, já alcançado em parte, de integrar e uniformizar a jurisprudência nacional. Mais do que isso, vemos hoje a possibilidade de que a cada caso se possa dar interpretação mais justa, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum²². Independentemente da letra fria da lei, o juiz pode agora fazer o direito no caso concreto (*judge make law*).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

CAMPOS, Fernando Teófilo. *Precedentes judiciais: técnicas de dinâmica, teoria e prática*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2019.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Perfil do sistema judiciário dos EUA*. Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. Washington: Congressional Quarterly Inc, 2006.

22 Nas ocasiões em que fiz essa afirmação, alguns disseram que novidade alguma se anunciava, o que respondo que, diferente da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a integração dos sistemas nos permite, mais do que interpretar a lei (e a súmula da jurisprudência), interpretar o caso, o que é muito mais amplo. Isso só havia nos sido permitido fazer no artigo 6º da Lei nº 9.099/1995, dos Juizados Especiais (inspirada no sistema estadunidense).

CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do Novo CPC. *R. Emerj.* Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 312-324, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_312.pdf>. Acesso em: 29/4/2024.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. *Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal*. Trabalho final (especialização). Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade. Brasília, Universidade de Brasília (UnB), 2006.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf>. Acesso em: 29/4/2024.

DIDIER JR, Fredie *et al.* *Precedentes*. Salvador: Editora Juspodivum, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. *Rev. SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013.

FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo* [S.l.]. v. 145, p. 1-20, 1981. DOI: 10.12660/rda.v145.1981.43387. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43387>>. Acesso em: 23/5/2024.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. v. 2 Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan./jul. 1999.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Evaristo Aragão. Por que os juízes (no *Common Law*!) se sentem obrigados a seguir precedentes? In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SILVA, Antônio Alvares da. Efeito vinculante: prós e contras. *Revista Consulex*. n. 3, 31 jan. 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 4, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1980.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo: Cortes Editora, 1999.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.