

SISTEMA DE PRECEDENTES: REAFIRMAÇÃO DO PLENÁRIO DO STF COMO ÓRGÃO MÁXIMO NO TOP-DOW DO CIVIL LAW BRASILEIRO

SYSTEM OF PRECEDENTS: REAFFIRMATION OF THE PLENARY OF THE FEDERAL SUPREME COURT AS THE HIGHEST BODY IN THE HIERARCHY OF BRAZILIAN CIVIL LAW

SISTEMA DE PRECEDENTES: REAFIRMACIÓN DEL PLENARIO DEL STF COMO ÓRGANO MÁXIMO TOP-DOW DEL CIVIL LAW BRASILEÑO

André Francisco Cantanhede de Menezes¹

Artur Cesar de Souza²

Rogério Mollica³

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



RESUMO

Contextualização: Instituto típico do sistema de jurisdição da *common law*, o precedente, aqui internalizado pelo CPC, recebeu características próprias do *civil law*, sistema sob o qual a jurisdição brasileira está erigida. Contudo, não raro, ministros não guardam observância a precedentes formados no seio do Plenário do próprio STF.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Marília-UNIMAR. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté-UNITAU. Advogado. *E-mail:* andrefcmenezes@gmail.com.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Pós-doutor pela Università Statale di Milano, Universidad de Valência e Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR. Juiz Formador da Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Juiz Federal. *E-mail:* artur.souza@trf4.jus.br.

³ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Administração de Empresas CEAG-Fundação Getúlio Vargas-SP. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado na Universidade de Marília - Unimar. Advogado. Membro fundador e ex-Presidente do Ceapro - Centro de Estudos Avançados de Processo. *E-mail:* rogerio@caisadvogados.com.br.

Objetivo: Objetiva-se verificar se, ao atuar individualmente em desconformidade com aquilo que emana do pleno do STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, ministros daquela Corte estariam simplesmente se valendo de sua livre convicção motivada ou a negar vigência ao art. 927, V, do CPC, infirmando a competência do Plenário e mitigando a autoridade de suas decisões.

Metodologia: Adotou-se o método exploratório, com abordagem qualitativa e delineamento a partir da verificação documental.

Resultado: Conclui-se que, em um Estado Democrático de Direito, não se cogitam decisões desiguais a casos iguais, sobretudo, ante ao dever de vinculação ao precedente para fins de *stare decisis*.

Palavras-chave: Estado democrático. Persuasão racional. Precedentes. Vinculação.

ABSTRACT

Background: A typical Institute of the common law jurisdiction system, the precedent, internalized here by the CPC, received characteristics of civil law, a system under which the Brazilian jurisdiction is established. However, ministers often fail to observe precedents formed within the plenary of the STF (Federal Supreme Court) itself.

Aim: The aim is to investigate whether, by acting individually in not in accordance with that which emanates from the Plenary of the STF, the highest organ of the Brazilian Judiciary, the ministers of that Court are simply drawing from their free motivated conviction, or denying the validity of Article 927, V, of the CPC, infirming the competence of the Plenary and mitigating the authority of its decisions.

Methodology: The exploratory method was used, with a qualitative approach and a design based on documentary verification.

Result: It is concluded that in a democratic rule of law, decisions which are unequal to equal cases are not considered, especially in view of the duty to follow legal precedent for the purposes of *stare decisis*.

Keywords: Democratic state. Rational persuasion. Precedents. Binding.

RESUMEN

Contextualización: Instituto típico del sistema de jurisdicción del *common law*, el precedente, aquí internalizado por el CPC, recibió características propias del *civil law*, sistema bajo la cual la jurisdicción brasileña está erigida. Sin embargo, no pocas veces, los ministros no observan los precedentes formados en el Plenario del propio STF.

Objetivo: Se objetiva verificar si, al actuar individualmente en desconformidad con aquello que emana del plenario del STF, órgano máximo del Judicial brasileño, ministros de aquella Corte estarían simplemente valiéndose de su libre convicción motivada o a negar vigencia al art. 927, V, del CPC, socavando la competencia del Plenario y mitigando la autoridad de sus decisiones.

Metodología: Se adoptó el método exploratorio, con abordaje cualitativo y diseño basado en la verificación documental.

Resultado: Se concluye que, en un Estado Democrático de Derecho, no se consideran decisiones desiguales a casos iguales, sobretodo, ante el deber de vinculación al precedente para fines de *stare decisis*.

Palabras clave: Estado democrático. Persuasión racional. Precedentes. Vinculación.

INTRODUÇÃO

A partir da quebra de barreiras espaciais e da mitigação da noção de um direito eminentemente local, trazidas pelo fenômeno da globalização, verifica-se a circulação de institutos típicos de um determinado sistema jurisdicional sendo objeto de intercâmbio com outro sistema e, mais ainda, internalizado por este. Exemplo disso é a maximização da adoção de leis e consequente codificação pelo *common law* e, na via oposta, da inserção do dever de serem observados os precedentes pelos julgadores como instrumento de operação do sistema de justiça na *civil law*.

Com efeito, o Brasil, cujo sistema de jurisdição guarda, indene de dúvidas, dominante influência romano-germânica – de *civil law*, portanto –, em atenção à marcha histórica de valorização da jurisprudência, adota da *common law* mecanismo que, guardadas as proporções, assegura maior previsibilidade e segurança, na aplicação do direito: o precedente. Ilustra esta nova roupagem o conteúdo normativo dos artigos 489, 926 e 927, do Código de Processo Civil⁴, por exemplo.

4 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

Nessa esteira, à persuasão racional do julgador (art. 93, IX, da Constituição⁵, por exemplo), dá-se nova significância: o pronunciamento judicial fruto da atividade judicante, pautado pela livre convicção motivada, há de vir de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes, tanto do caderno processual, quanto, agora, também daquilo que emana das Cortes (órgãos de composição coletiva). Em outras palavras, havendo similitude entre o caso concreto a ser julgado e um tomado como precedente, o julgador há de aplicar àquele a *ratio decidendi* do caso pretérito.

Ocorre que, a história recente demonstra, como fato público e notório, que integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício de sua atividade judicante isoladamente (individual), não guardam observância a precedentes formados no seio do Plenário do próprio STF.

Diante desse cenário, o problema desta pesquisa é estruturado com a seguinte questão: afigura-se (i)legal e (in)constitucional pronunciamento de ministro do STF que, ao judicar, desgarrar-se da orientação firmada pelo plenário do STF a configurar precedente judicial?

Objetiva-se, pois, verificar se, ao atuar individualmente em desconformidade com aquilo que emana do pleno do STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, ministros daquela Corte, por exemplo: a *um*, estariam, sem lesão alguma a ordem jurídica posta, simplesmente se valendo de sua livre convicção motivada; ou, a *dois*, estariam a negar vigência, por exemplo, ao art. 927, V, do CPC⁶ tomando-o por inconstitucional, ou mais que isso, infirmando a competência do Plenário do Pretório Excelso e mitigando a autoridade de suas decisões.

Essa discussão ganha relevo, pois o precedente indica a regra ou lei criada pela decisão do juiz ou da corte ou, ainda, pelo juiz ou pela corte para justificar sua decisão, impondo-se uma vinculação vertical ou horizontal a caminhar para a *stare decisis*. Esta tem a função de promover a estabilidade e a segurança jurídica do sistema de jurisdição, inclusive, no bojo da internalização do precedente à sistemática da *civil law*, como ocorre no caso brasileiro. Soma-se a isso, a necessidade de qualquer particular e, mais ainda, agentes públicos (e os ministros do STF, indene de dúvidas, têm essa qualidade), observarem primados constitucionais, sobretudo, no que tange ao devido processo legal.

Para atingir aquele objetivo, discorre-se sobre os sistemas de jurisdição do *common law* e *civil law* e sua convergência. A partir desta, indica-se o precedente como instituto jurídico materializado no CPC/2015⁷. Discorre-se ainda sobre a postura de membros do STF

5 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

6 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

7 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

em relação aos precedentes e o dever, indistinto, de observá-los.

Trata-se de pesquisa com método exploratório, com abordagem qualitativa e com delineamento a partir da verificação documental. A título de recorte, analisa-se, em especial, a quadra fática que envolve o pronunciamento judicial individual no bojo da ação declaratória de constitucionalidade n. 54⁸, por meio do qual se tentou afastar precedente inerente à questão do principiar da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, tal qual decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no âmbito das medidas cautelares nas ações declaratórias de constitucionalidade n. 43⁹ e n. 44¹⁰ e no julgamento do ARE n. 964.246/SP¹¹.

Aponta-se ter havido internalização e adaptação da lógica dos precedentes à realidade brasileira, não havendo um sistema de decisões vinculantes, apenas. E, como conclusão, sinaliza-se que, se afigura ilegal e inconstitucional pronunciamento de ministro do STF que, ao julicar, desgarrar-se da orientação firmada pelo Plenário do STF a configurar precedente judicial.

1 SISTEMAS DE JURISDIÇÃO E SUA CONVERGÊNCIA

No contexto da jurisdição como função estatal, dois sistemas¹² ganham destaque: o *common law* e o *civil law*. Além de remontarem a nascedouros territoriais diversos, pois aquele é associado à tradição anglo-saxã – notadamente, à cultura judicante de origem inglesa – e o segundo à Europa continental, e dadas as condições políticas e culturais completamente distintas de seu surgimento, esses sistemas têm outras marcantes características que os diferenciam. Assim:

Para delinear as diferenças entre os dois sistemas legais, é importante lembrar que o sistema da *common law*, ao contrário da *civil law*, é um sistema herdeiro do mundo medieval aristotélico, que, entre outras características, se organizava por meio de guildas e corporações de ofício.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 54**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, liminar deferida em 19/12/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 20 dez. 2018.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43**, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 5/10/2016, publicado em 7/3/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 dez. 2018.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 44**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, publicado em 7/3/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 dez. 2018.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246**, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 20 dez. 2018.

12 Neste trabalho, a expressão sistema há de ser entendida como reunião de elementos, relacionados e racionalmente organizados.

Nesse diapasão, a presença dos juízes como fontes da lei pode ser associada ao poder das corporações de advogados, de onde os juízes eram recrutados¹³.

Lastreado pelo direito consuetudinário característico da Idade Média, o *common law*, composto de costumes a serem observados e pautado pela tradição, anota Wambier¹⁴, dá relevância aos casos concretos como fonte do direito, este criado, não raro, pelo julgador.

O *common law*, inicialmente como lei não escrita, espelharia, para a teoria declaratória, os costumes gerais, pelo que o juiz haveria de declará-lo para solução do caso concreto. Não obstante, segundo a teoria positivista, o *common law* existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, ou seja, o direito seria produto da vontade dos juízes e, assim, não seria meramente descoberto, mas sim criado¹⁵.

O *common law* surge com os primeiros núcleos de população inglesa que aportaram em território americano no século XVII. A que direito estariam submetidas essas colônias inglesas? Se a pergunta fosse respondida por Londres, esse direito seria de conformidade com o *Calvin's case*, julgado em 1608, tendo em vista que a *common law* inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com ele, quando se fixam em outros territórios que não estão submetidos a nações civilizadas. As colônias inglesas da América incluem-se nessa situação¹⁶.

De outro lado, com origem romano-germânica, o *civil law*, no dizer de Oliveira¹⁷, é caracterizado “pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando à regulação das relações entre os cidadãos”. No seu processo de evolução histórica, esse sistema ganhou roupagem mais robusta a partir do contexto da Revolução Francesa, pois, segundo Mingati¹⁸:

O ideal revolucionário caracterizava-se pela luta contra o poder absoluto do Rei. E a revolução

13 LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Reclamação constitucional: a possibilidade de construção de um controle de jurisdicionalidade na *civil law* brasileira. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RCD-Pro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 94, p. 53-90, abril./jun. 2016.

14 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: **Revista de processo**. São Paulo, v. 172, p. 121-153, jun/2009.

15 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: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, v. 49, p. 11-58, 2009, p. 11-12.

16 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 359.

17 OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 6, n. 10, p. 43-68, jan./jun. 2014.

18 MINGATI, Vinícios Secafen. **Reclamação (Neo)Constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 38-39.

perpetrada significou não somente a derrocada do Absolutismo Monárquico, mas também a ascensão de um “Absolutismo do Parlamento”. Nesse viés, o Poder Legislativo ganha força, e a lei passa a representar o elemento central dessa tradição. [...]

Marinoni (2011, p. 58-60) deixa evidente o intuito de se limitar o poder judicial neste período, de modo que se vedava qualquer interpretação por parte do julgador, sob a justificativa de que a lei era completa e clara. Aliás, na dúvida, caberia ao Judiciário submeter a questão à “interpretação autorizada” do Poder Legislativo.

Assim, remonta-se à necessidade de se organizar o direito: extraia-se a regra jurídica da observação dos casos concretos cotidianos, classificava-a, para, então, posterior aplicação a casos concretos futuros. Portanto, infere-se não ser a codificação uma decisiva diferença do *civil law* para *common law*, mas sim a importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles e como tais instrumentos são aplicados pelos julgadores. Com efeito, “a principal característica da *civil law*, em oposição à *common law*, é que naquele sistema uma única pessoa – o legislador – pode criar as leis, constituindo-se essa função na mais importante dentre aquelas desempenhadas pelo Soberano”¹⁹.

Desse modo, forte no primado da separação dos poderes, somente ao Legislativo, com seu poder para legislar, é dada a atribuição para se apresentar como fonte da lei, ao passo que, ao judiciário incumbiria a função de interpretar aquele comando legislativo aplicando-o ao caso concreto. De outro lado, no *common law*, além da natural atribuição do legislativo para criar a lei, poderia o juiz fazê-lo, tendo-se *judges as rulemakers*.

Hodiernamente, segundo Leister e Chiappin²⁰, tem-se verificado que “os dois grandes sistemas jurisdicionais *common law* e *civil law*, parecem estar convergindo, de modo que

19 LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Reclamação constitucional: a possibilidade de construção de um controle de jurisdicionalidade na *civil law* brasileira. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RCD-Pro**, p. 57.

20 LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Reclamação constitucional: a possibilidade de construção de um controle de jurisdicionalidade na *civil law* brasileira. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RCD-Pro**, p. 53.

cada qual passa a compartilhar institutos de seu contraponto”²¹. Exemplificando-se, há a maximização da adoção de leis e conseqüente codificação pelo *common law*, ao passo que, de outro lado, há inserção do dever de serem observados os precedentes pelos julgadores como instrumento de operação do sistema de justiça na *civil law*.

Apregoa Marinoni²²:

Porém, a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo. Anote-se que Merryman, um dos maiores comparatistas estadunidenses, ao admitir que o constitucionalismo fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*, adverte que, ao se admitir que o juiz pode decidir que uma lei é inválida por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito.

Sob esse enfoque, os precedentes se destacam considerados quaisquer dos dois sistemas de jurisdição. Ainda com base na lição de Leister e Chiappin²³, é de se notar, então, que *judges as rulemakers, stares decisis* e precedente formam uma parte complexa da *common law* que, ao ser incorporada em certa medida pela *civil law*, reforça o modelo geométrico desta.

21 A aproximação entre os dois sistemas também foi notada pela autora espanhola Leonor Moral Soriano, ao prever: “No hay duda de que hoy en día las normas legislativas son cada vez más relevantes en sistemas jurídicos basados en los precedentes (los de Derecho común), mientras que, simultáneamente, en los sistemas basados en el Derecho escrito (los continentales) el uso de los precedentes judiciales es un recurso habitual en la interpretación del Derecho y la justificación de las decisiones. Esta convergencia coadyuva a la desaparición de nítidas fronteras entre ambos sistemas jurídicos. Los precedentes son de lo más elocuente al respecto: ni éstos tienen una fuerza vinculante irresistible en los sistemas de Derecho común, ni son irrelevantes para los sistemas de Derecho común y de Derecho civil, determina un cambio de perspectiva en los estudios teóricos sobre el precedente: los que proceden de la cultura jurídica anglo-sajona tienden a suavizar la regla o doctrina del precedente (o *stare decisis*) y hablan no tanto de su fuerza (*strength*) cuanto de su ámbito (*scope*); en los sistemas de Derecho civil, por otro lado, además de los estudios en torno al valor fonticio de los precedentes, son cada vez más numerosas las obras dedicadas al análisis de su papel en la práctica judicial.” (***El Precedente Judicial***, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 15-16). Essa aproximação também foi verificada pelo professor José Rogério Cruz e Tucci para quem: “Constata-se realmente que, considerado o valor, in abstracto, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexíveis, nos do ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*” (***Precedente Judicial como fonte do direito***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 26).

22 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: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, p. 22.

23 LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Reclamação constitucional: a possibilidade de construção de um controle de jurisdicionalidade na *civil law* brasileira. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RCD-Pro**, p. 59-61.

Acerca desse modelo geométrico, norteado pelo *top-down* no que concerne à hierarquia jurisdicional, tem-se que ele é embasado em leis preestabelecidas e legitimadas e agora, com fulcro no precedente, é estrategicamente erigido para garantir que os direitos sejam protegidos e os erros de julgamentos devidamente afastados. Prima-se, pois, por uma obrigação vertical e horizontal vinculativa, deixando à margem uma discricionariedade no processo de decisão judicial que, não raro, descortina-se fonte de contradição, instabilidade e insegurança jurídica por conta de indistinta subjetividade.

2 O PRECEDENTE E SUA INTERNALIZAÇÃO NO BRASIL

Sabe-se que o precedente é instituto de origem adstrita ao sistema de *common law*, a significar a regra ou lei criada pela decisão do juiz ou da corte ou, ainda, pelo juiz ou pela corte para justificar sua decisão.

No sistema anglo-saxão, um precedente é mais do que um exemplo que pode ser seguido. É uma *rule* que deve ser observada²⁴.

O precedente diferencia-se do *stare decisis*, pois este instituto estabelece que as cortes de igual ou inferior hierarquia devem fazer uso dos precedentes em casos similares, como obrigação vertical e horizontal.

O precedente não é sinônimo de jurisprudência, pois esta nada mais indica que o entendimento reiterado de um determinado tribunal sobre uma matéria específica, ao passo que o precedente remete à decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares, não havendo falar, nesta via, necessariamente, da quantidade reiterada de casos similares como ocorre na formação de jurisprudência.

Sobre esse ponto, a ratificar a diferença entre precedente e jurisprudência, esclarece Scheleder²⁵ que:

O precedente tem relação com uma decisão de um caso particular, diferente da jurisprudência, que geralmente indica certa quantidade de decisões referente a diversos casos concretos, ou seja, o precedente forma-se, de regra, a partir de uma determinada decisão, ao contrário

24 FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional** – construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 248.

25 SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 2079-2111, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015.

da jurisprudência, cuja formação tem origem em várias decisões sobre determinado assunto, sem que se possa, na maioria das vezes, identificar qual das decisões foi determinante para a formação da jurisprudência relativa à determinada interpretação de uma norma, se é que existe alguma com esta relevância qualitativa.

Nota-se que “para o *common law*, os precedentes são instrumentos para mediar e controlar a legitimidade das decisões presentes [...]. Dessa forma, eles fazem presente o passado a partir de uma reprodução institucional²⁶”.

A partir do Código de Processo Civil de 2015, ganhou relevo a discussão sobre o precedente e sua adoção a nível local. Segundo Lippman²⁷:

para ilustrar essa afirmação, em nota de rodapé de duas páginas, Hermes Zaneti Junior contabilizou nada menos que 33 livros e artigos científicos sobre o tema precedentes, publicados após a sanção do Código. (ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes, pp. 366-367). E o número, de lá para cá, só vem aumentando (vide, p. ex.: VIANA, Antônio de Souza Viana e NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo; MARQUES, Elmer da Silva. O poder de influenciar na formação da decisão judicial como requisito legitimador do precedente judicial obrigatório. Revista de Processo, nº 275; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica. Revista de Processo, nº 280; MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. Revista de Processo, nº 284; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados; Desafios à implementação do sistema brasileiro de precedentes em decorrência da ausência de teoria geral própria e da tendência à equiparação ao modelo do *common law*. Revista de Processo, nº 288; ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes).

Constando nos artigos 489, 926 e 927, do CPC/2015, o uso do termo precedente, em que pese a ausência de sua definição pelo legislador brasileiro – o que não retira sua essência vinda da *common law* –, descortinou a questão de ter, ou não, estabelecido a

26 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. In: **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

27 LIPPMANN, Rafael Knorr. Precedente Judicial. Tomo Processo Civil. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Edição 2, jun. 2021.

lei adjetiva civil um sistema de precedentes em sede de *civil law*²⁸. É que após relacionar precedente e aspectos de fundamentação da decisão (art. 489) e de apregoar que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), o CPC/2015 trouxe em seu art. 927, rol hierárquico a ser observado pelos juízes e tribunais com a finalidade de acabar com as respostas diferentes a casos idênticos, a saber:

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 vinculados²⁹.

Não há aspecto unívoco sobre aquela vexata quaestio, como sinalizam Marcato e Del Mora³⁰:

A doutrina está dividida enquanto ao tema, tendo de um lado Guilherme

Marinoni, Sergio Arenhart, Fredie Didier, Teresa Arruda Alvim, Daniel Mitidieiro, militando pela perspectiva utilitarista do direito. Já por outro lado defendendo a racionalidade e a hermenêutica, estão Nelson Nery Junior, Dirlene Nunes, Lenio Streck e Georges Abboud e Cassio Scarpinella Bueno [...].

28 Para Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza “o Direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica da *common law*, tão somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência - afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há um *crossing over* elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há um *crossing over* jurídico em curso nos diversos sistemas jurídicos, isto não desnatura a sua forte carga genética que lhes dá identidade e significação.” (“O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro, **Revista de Direito Comparado**, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais 2015).

29 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

30 MARCATO, Gisele Beltrami; DEL MORA, Lucas. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual Código de Processo Civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 18, n. 3, 2017, p. 149.

Entretanto, se é certo que “os provimentos elencados no artigo 927 não são todos precedentes³¹”, o mesmo não se pode dizer que “no caso do Código de Processo Civil de 2015, o que veremos é a instituição, no art. 927, de um sistema de decisões vinculantes³²”, apenas.

Ao revés, afigura-se crível ter o legislador ordinário indicado que não mais a lei é fonte única do Direito, pelo que, a tomada de decisão daquele investido na Jurisdição há de se dar balizada, inclusive, por algo pretérito, que a precede. Com efeito, o precedente serve, no presente, à tomada de decisão orientada por evento ocorrido no passado³³.

A adoção de um sistema de precedentes, mesmo que de modo abasileirado como o trazido pelo CPC – e não poderia ser diferente, haja vista não se poder apenas internalizar, sem adequar –, não obstante a flagrante intenção de acelerar a prestação jurisdicional, se presta a empregar maior segurança jurídica e fornece, indene de dúvidas, estabilidade e coerência à jurisdição enquanto função estatal. Longe de tornar imutável o direito em sentido amplo, mitiga a existência de decisões contraditórias a refletir na própria imagem e credibilidade do Poder Judiciário.

No que concerne ao aspecto de sua implementação:

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

No sistema de precedentes, de uma decisão deve-se extrair tanto a *ratio decidendi* como a *obiter dicta*. A *ratio decidendi*, portanto, é a decisão vinculativa, acompanhada da fundamentação, ou seja, da explicação do raciocínio. A *obiter dicta*, por sua vez, tem função meramente persuasiva; é a parte da decisão que não compõe a *ratio*³⁴.

31 STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29.

32 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. In: **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

33 Para Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira “o precedente judicial, identificado com o elemento da *ratio decidendi*, procura reduzir o campo de equivocidade e indeterminação dos textos legais, quando da sua incidência em casos concretos, a partir das circunstâncias de fato e de direito que o circunscrevem. Essa redução da complexidade dos problemas jurídicos, no entanto, não implica a sua eliminação, por conta das operações que envolvem a aplicação e identificação daquela *ratio*.” (“Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?”. In: **Revista de Direito Comparado**, v. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

34 SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, p. 2089-2091.

Para a consecução desse fim, aduzem Fogaça e Fogaça³⁵, que:

O exercício a ser realizado possui três etapas: i) exame do caso concreto, identificando-se os fatos relevantes, como o pedido e a causa de pedir; ii) análise dos precedentes invocados para se encontrar apenas o(s) pertinente(s), identificando os fatos relevantes do precedente e extraíndo o significado e alcance de sua *ratio decidendi*, que deverá ser coincidente ou possuir essencial semelhança ou relevância; iii) promoção do encaixe entre o precedente e o caso presente, encontrando seu ajuste final.

Cotejando-se a sistemática do precedente e sua internalização na jurisdição nacional, de eminente carga de *civil law*, pode-se afirmar que o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para análise e julgamento do caso concreto, pois em sua origem e dada a sua *ratio decidendi*, pode produzir os chamados efeitos vinculantes ou efeitos *erga omnes*, conforme destaca Porto³⁶.

Exemplo disso é o que ocorre na jurisdição constitucional, sobretudo, encartada pelo STF, enquanto último intérprete e guardião da Constituição quer em processo subjetivo (recurso extraordinário com repercussão geral), quer em processos objetivos (controle concentrado de constitucionalidade).

3 PRECEDENTE E O COMPORTAMENTO INDIVIDUAL NO STF

Rememora-se que ao tratar especificamente do Poder Judiciário, a Constituição³⁷ elenca em seu art. 92, I, o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo daquele poder, pois, a ele incumbe a guarda da Lei Maior, conforme atribuições do art. 102 e seguintes, da CF³⁸. Por sua vez, o Regimento Interno³⁹ do STF, que tem força e eficácia de lei conforme já assentou aquela Corte – no julgamento do AI 654148 AgR-EDv-AgR-ED⁴⁰, cujo relator foi o ministro Celso de Mello –, dispõe em seu art. 3º que são órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente.

35 FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 509-534, 2016.

36 PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p. 10-11.

37 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**

38 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 654148 AgR-EDv-AgR-ED**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, publicado em 06/12/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2506266>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Dentre esses órgãos, tem-se o Plenário do STF como órgão máximo do Estado-juiz brasileiro, haja vista as atribuições que lhe são conferidas, sobretudo, do art. 5º ao 8º, daquele Regimento⁴¹, não se olvidando, o assento constitucional já mencionado. Insto é um fato incontroverso e legal e constitucionalmente previsto. Não há, pois, o que se tergiversar.

Todavia, a história recente demonstra, como fato público e notório, que alguns dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua atividade judicante individual, não guardam observância a precedentes formados no seio do Plenário do próprio STF.

O caso paradigma que se analisa neste estudo, a título de exemplo de (des) cumprimento daquilo que emana do Pleno do STF, envolve o pronunciamento judicial individual prolatado pelo ministro Marco Aurélio Mello, em 19 de dezembro de 2018, poucas horas antes do início do recesso judiciário daquele ano, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 54⁴².

Em sede de medida cautelar naquela ADC n. 54⁴³, afastou-se *precedente* consistente no entendimento inerente à questão do principiar da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, tal qual decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no âmbito das medidas cautelares nas ações declaratórias de constitucionalidade n. 43⁴⁴ e n. 44⁴⁵ e no julgamento do ARE n. 964.246/SP⁴⁶.

Assentou-se na parte dispositiva da decisão em juízo de cognição sumária naquela ADC n. 54⁴⁷ que:

Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão da execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Tal pronunciamento não se sustentou, haja vista que, horas depois no mesmo dia, foi objeto de contracautela pelo Presidente do Pretório Excelso na suspensão de liminar n.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 54**.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 54**.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43**.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 44**.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246**.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 54**.

1.188-DF⁴⁸, pois já instaurado o regime de plantão por conta do recesso do Judiciário, cuja decisão tem o seguinte dispositivo, *verbis*:

Presentes, por tanto, os requisitos cautelares, à luz do art. 4º da Lei nº 8.437/92, **defiro a suspensão de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC no 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018.**

Ocorre que, em detrimento daquele precedente firmado, seu descumprimento por ministros do STF em decisões monocráticas não se resume a esse caso específico protagonizado pelo ministro Marco Aurélio. Monocraticamente, os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, por exemplo, têm afastado o quanto decidido pelo Pleno por entenderem, respectivamente: que não se pode ultrapassar a taxatividade do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁴⁹, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado, pois, isso é absolutamente taxativo, categórico e, então, não haveria como se pudesse interpretar esse dispositivo, segundo afirmado no RHC 156992⁵⁰; e, que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial, pois, segundo ele, tal qual afirmado no HC 160296⁵¹, o Tribunal da Cidadania pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena.

Diante dessa situação, retoma-se o problema desta pesquisa, pois, insta analisar se é fato de afigurar-se (i)legal e (in)constitucional o pronunciamento do ministro do STF que, ao judicar, desgarrar-se da orientação firmada pelo Plenário do STF a configurar precedente judicial.

Para além da discussão acerca da amplitude de atuação de ministros por meio de decisões monocráticas ou do objeto de fundo sobre possibilidade, ou não, de execução de pena após condenação em segunda instância – matérias estas que demandariam estudos específicos diversos do aqui assentado – a solução para aquela questão parece

48 Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 1.188-DF**, Min. Presidente Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

49 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 156992**, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2018, publicado em 28/08/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+156992%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7zv6qlu>. Acesso em: 20 dez. 2018.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 160296**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/08/2018, publicado em 4/9/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315177471&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

então perpassar por três marcos consideráveis: a) a internalização dos precedentes à *civil law* brasileira e sua aptidão para mitigar a persuasão racional do julgador; b) dado o exemplo tomado e assentado ser o Plenário do STF o órgão máximo do judiciário brasileiro, o dever de se guardar obediência ao que reza o inciso V, do art. 927, do CPC⁵², sob pena de lhe negar vigência; e, c) a função pedagógica e promotora de segurança jurídica ao se observar o precedente e fazer cumprir o *stare decisis*, para fins de manutenção da hierarquia jurisdicional e higidez do Estado Democrático de Direito. Esmiúça-se.

4 O DEVER, INDISTINTO, DE OBSERVAR OS PRECEDENTES

A essa altura, tem-se assentado neste estudo que o precedente, enquanto instituto jurídico, fora aqui internalizado e que encontra assento legal, em especial, naquilo que apregoa o art. 927, do CPC⁵³, dispositivo este que pode irradiar para outras searas conforme aponta, por exemplo, o art. 15, dessa lei civil adjetiva. Some-se a isso que delineado está o Plenário do STF como órgão máximo do Judiciário brasileiro. Outrossim, no contexto dos precedentes, o *stare decisis* é mecanismo de segurança jurídica. Fixadas essas premissas, retoma-se a discussão para que sejam analisados os três marcos consideráveis ao deslinde do problema de pesquisa posto.

Ao se indicar internalização dos precedentes à *civil law* brasileira e sua aptidão para mitigar a persuasão racional do julgador, revolve-se a noção de *judge as rulemaker*, sobretudo, quando considerado o controle constitucional. “É importante ressaltar que a valorização da jurisprudência, seja por meio das súmulas, seja por força dos precedentes, não amplia os poderes do juiz, pelo contrário, é uma forma de garantir limites à atividade criativa do julgador”, como afirma Theodoro Júnior⁵⁴.

Nessa esteira, não se tem espaço para cogitar, na atual quadra do processo civil, sobretudo, frente à sua constitucionalização, que se enxergue que “as sentenças dos juízes são frutos de suas preferências pessoais e das perspectivas escolhidas subjetivamente”, como afirmou Halis⁵⁵. Se assim o fosse, para cada constructo argumentativo buscar-se-ia uma norma positivada, quando na verdade, o que se espera de um pronunciamento judicial é que, dado o caso concreto, busque-se sua solução no ordenamento jurídico posto, aí incluída a valoração da jurisprudência e dos precedentes, para então, depois,

52 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

53 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

54 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 836

55 HALIS, Denis de Castro. A problematização do processo decisório dos juízes: A contribuição de Benjamin Nathan Cardozo. *Confluências*. In: **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 12-24, 2006, p. 18.

construir-se uma convicção motivada a partir daquele substrato.

Com efeito, a livre convicção que ressoa do art. 93, IX, da Constituição⁵⁶, por exemplo, por ser um primado constitucional, não é algo absoluto. Justamente por isso, há de ser compatibilizada com outros preceitos constitucionais, a exemplo do devido processo legal, segurança jurídica e isonomia⁵⁷.

Dado o exemplo tomado e assentado ser o Plenário do STF, o órgão máximo do judiciário brasileiro, há dever de se guardar obediência ao que reza o inciso V, do art. 927, do CPC⁵⁸, sob pena de lhe negar vigência. Na linha do *stare decisis*, os ministros do STF estão obrigados a seguir o quanto emanado do Plenário do Pretório, pois, verticalmente, órgão superior hierarquicamente a eles a teor dos artigos 3º, 5º e 8º, todos do Regimento Interno do STF⁵⁹ e, não bastasse isso, no plano horizontal, não podem dar de ombros à orientação do Plenário firmada.

Ademais disso, o inciso V, do art. 927, do CPC⁶⁰ se mostra cogente, inclusive a ministros do STF dada sua atuação monocrática em confronto com a soberania do Plenário, pois vige na processualística pátria o princípio da colegialidade. Este mostra-se imprescindível para o sistema, porquanto a individualidade dentro do Tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte. Esse entendimento ecoa do próprio STF, quando do julgamento do HC 152752/PR⁶¹, de relatoria do ministro Edson Fachin.

Ademais, importa ressaltar que o sistema de precedentes adotado pelo NCPC torna vinculantes as decisões de plenário de tribunal, para todos os juízes e órgãos judiciais a ele vinculados (art. 927, V). Se a regra prevalece para qualquer tribunal, acerca de qualquer questão de direito, com maior razão haverá de ser observada em face de decisões do Plenário do STF tomadas no exercício do seu poder institucional de guardião e intérprete da Constituição. Nesse aspecto,

56 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

57A professora Ada Pellegrini Grinover defendeu a constitucionalidade dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 com arrimo nas lições de Kelsen: “E o apoio de Kelsen a respeito da função criadora do direito pelos tribunais é muito significativo: essa função, existem em todas as circunstâncias, diz ele, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa. O que, a meu ver, é altamente positivo” (Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil). **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 2. Ano 1. São Paulo: RT, 2016, p. 61).

58 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**.

60 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152752**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, publicado em 27/6/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152752%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb2a6y8h>. Acesso em: 20 dez. 2018.

não importa que a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Pleno do STF tenha ocorrido em controle difuso ou concentrado⁶².

Note-se que para superar essa organicidade do Direito com escopo de decidir monocraticamente de modo diverso, haveria o ministro que, no mínimo, declarar aqueles dispositivos inconstitucionais. Contudo, salvo melhor juízo, não havida provocação legítima em processo objetivo, não se vislumbra a possibilidade de fazê-lo *incidenter tantum* em processo subjetivo.

A observância a precedentes é também consectário da concretização do princípio da cooperação. Note-se que o art. 6º, do CPC⁶³ orienta no sentido de que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. A respeito dessa efetividade:

É necessário que a população tenha condições de confiar nas decisões do STF, em suas súmulas, mesmo não sendo vinculantes. O mesmo se diga quanto ao que devem inspirar no jurisdicionado as decisões do STJ. Deve haver uma jurisprudência firme *das Cortes*, e não pessoal, de cada um dos seus ministros. É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil lá* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia⁶⁴.

Tudo isso conduz à função pedagógica e promotora de segurança jurídica ao se observar o precedente e fazer cumprir o *stare decisis*, para fins de manutenção da hierarquia jurisdicional e higidez do Estado Democrático de Direito.

Considerada a matriz da *commom law*, tem-se a assertiva de Duxbury, no sentido de que “o precedente não nasce precedente, ele se torna precedente a partir de sua invocação, em um caso futuro⁶⁵”. E essa invocação, pela lógica do art. 489, § 1º, do CPC, pode vir tanto pelo julgador e seus pares, quando da discussão do caso concreto atual

62 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 109.

63 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

64 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de processo**, p. 23.

65 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 4.

com arrimo no caso concreto pretérito, (conforme inciso V, daquele artigo), ou pela própria parte (inciso VI).

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade. A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos de adequação, evolução e aperfeiçoamento do Direito, de outro.

Essa pedagogia jurisdicional implica dizer que os Tribunais e, mais ainda seus membros, devem observar seus precedentes, pois, se assim não o fizerem, a hierarquia jurisdicional não terá o exemplo e perder-se-á a legitimidade para cobrar das instâncias inferiores responsabilização por descumprimento.

Todos os agentes públicos, inseridos aí os que exercem função judicante, inclusive os ministros do STF, estão submissos ao império da Lei e, indiscutivelmente, da Constituição, pois suprema. Em outras palavras, visa-se à unidade na aplicação do Direito e na obediência a valores constitucionais, como, por exemplo, segurança jurídica e isonomia entre os cidadãos⁶⁶.

Volvendo-se aos casos paradigma aqui utilizados como exemplo, vê-se que não adianta importar institutos alienígenas, se não houver verificação do terreno e cultura locais acerca da aceitação, aplicabilidade, eficácia e efetividade do que se quer introduzir.

Em outras palavras, a solução de casos pontuais já chama a atenção do público, atrai a sociedade organizada e a mídia em geral. No entanto, as consequências jurídicas das decisões do STF, mesmo em controle concentrado, são ainda percebidas pela comunidade jurídica como decisões *ad hoc*, que pouco se comunicam com decisões futuras e com o estabelecimento de marcos reais do sistema jurídico. Essa é a alteração que mudaria o modo como suas decisões afetam a cultura jurídica brasileira, não mais decidindo apenas caso a caso, mas de fato transformando o direito e desenvolvendo o sistema jurídico de uma maneira madura e coerente com o passado⁶⁷.

Ainda com base na lição de Vojvodic⁶⁸, essa mudança, no entanto, “não depende

66 FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, p. 510.

67 VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo-USP, 2012, p. 229-230.

68 VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro, p. 230.

de alterações formais das regras jurídicas, mas de uma alteração interna da corte e da cultura jurídica que a cerca. Estaria nas mãos do próprio STF se tornar mais essencial do que ele já é”.

Nessa medida, compreendido o STF como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Em realidade, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. Assim, as instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias, referentes aos seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Descortinou-se que o precedente – enquanto instituto jurídico a significar a regra ou lei criada pela decisão do juiz ou da corte ou, ainda, pelo juiz ou pela corte para justificar sua decisão –, de origem no sistema do *common law*, fora internalizado e adaptado à realidade brasileira de *civil law*, o que reforça o modelo geométrico desse sistema de jurisdição, notadamente, quanto ao *top-down* hierárquico legal e jurisdicional.

Verificado que o sistema de precedentes à brasileira reclama sejam consideradas as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório, nitidamente o confronto há de se dar entre casos (contexto fático).

Para ilustrar o debate, sinalou-se que, a título de precedente, formou-se maioria no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP⁶⁹. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43⁷⁰ e 44⁷¹, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP⁷², com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. Contudo, em detrimento daquele precedente firmado, seu descumprimento por

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, publicado em 17/5/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mlh37hv>. Acesso em: 20 dez. 2018.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43**.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 44**.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246**.

ministros do STF em decisões monocráticas consistiu em prática recorrente, sobretudo, por episódios protagonizados pelos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Diante dessa situação, considerado o problema desta pesquisa, conclui-se que a sistemática de precedentes mitiga a então vigente noção de persuasão racional para imprimir uma forma de garantir limites à atividade criativa do julgador, e que, se afigura ilegal e inconstitucional pronunciamento de ministro do STF que, ao judicar, desgarrar-se da orientação firmada pelo Plenário do STF a configurar precedente judicial. No plano da (i) legalidade, há ofensa direta, por exemplo, ao que reza o art. 927, V, do CPC⁷³ e os artigos 3º e 5º a 8º, do Regimento Interno do STF⁷⁴, bem ainda, aos princípios da colegialidade e cooperação. No plano da constitucionalidade, tal prática vai de encontro a valores constitucionais, como, por exemplo, devido processo legal, segurança jurídica e isonomia entre os cidadãos.

Por derradeiro, reafirma-se a função pedagógica do precedente e a pedagogia jurisdicional: os Tribunais e, mais ainda seus membros, devem observar seus precedentes, para além de cumprir a lei, dar exemplo e revestir-se de legitimidade para cobrar das instâncias inferiores responsabilização por eventual descumprimento.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. "Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?". In: **Revista de Direito Comparado**, v. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 5/10/2016, publicado em 7/3/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 44**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 5/10/2016, publicado em 7/3/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 54**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, liminar deferida em 19/12/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>.

⁷³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**.

Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 654148 AgR-EDv-AgR-ED**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, publicado em 6/12/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2506266>. Acesso em: 20 dez. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246**, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, publicado em 17/5/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mlh37hv>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152752**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, publicado em 27/6/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152752%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb2a6y8h>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 156992**, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2018, publicado em 28/8/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+156992%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7zv6qlu>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 160296**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/8/2018, publicado em 4/9/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315177471&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 1.188-DF**, Min. Presidente Dias Tofolli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pd>. Acesso em: 20 dez. 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Comparado**, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional** – construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 248.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 509-534, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. In: **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 2, ano 1. São Paulo: RT, 2016.

HALIS, Denis de Castro. A problematização do processo decisório dos juízes: A contribuição de Benjamin Nathan Cardozo. Confluências. In: **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 12-24, 2006.

LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Reclamação constitucional: a possibilidade de construção de um controle de jurisdicionalidade na *civil law* brasileira. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RCDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, p. 53-90, 2016.

LIPPMANN, Rafael Knorr. Precedente Judicial. Tomo Processo Civil. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Edição 2, jun. 2021.

MARCATO, Gisele Beltrami; DEL MORA, Lucas. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual Código de Processo Civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 18, n. 3, 2017.

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: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 49, p. 11-58, 2009.

MINGATI, Vinícios Secafen. **Reclamação (Neo)Constitucional**: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 6, n. 10, p. 43-68, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. In: **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 2079-2111, v. 10, n. 3, 2º quadrimestre de 2015.

SORIANO, Leonor Moral. **El Precedente Judicial**, Madrid: Marcial Pons, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-153, jun. 2009.

Recebido em: 16/04/2020

Aprovado em: 10/04/2022