

O BRASIL ADOTOU O COMMON LAW? UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS

*Did Brazil Adopt Common Law?
An Analysis of the Brazilian System
of Judicial Precedents*

Fernanda Pagotto Gomes Pitta¹

ÁREA: Processo Civil.

RESUMO: O estudo se dedica a analisar a definição de precedentes judiciais no ordenamento e a organização do sistema de precedentes no país. Para tanto, apresenta alguns problemas dos precedentes brasileiros, notadamente quanto à distinção entre o que se compreende por precedentes no sistema de *common law* e o que se compreende por precedentes no Brasil. Nesse contexto, analisa os aspectos do *common law*, a fim de responder o seguinte questionamento: o Brasil adotou o sistema *common law*? Por fim, avalia o que é possível aproveitar nos precedentes brasileiros do sistema *common law*.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. *Common law*. *Civil law*.

ABSTRACT: This study aims to analyze the definition of judicial precedents within the Brazilian legal system and the organization of the precedent system in the country. To this end, it highlights certain issues concerning Brazilian precedents, particularly regarding the distinction between what is understood as precedents in the common law system and what is regarded as precedents in Brazil. In this context, it examines the main features of common law to address the following question: has Brazil adopted the common law

¹ Advogada e professora. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: fernanda@fernandagpitta.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1762613395270288>

system? Finally, it assesses which elements of the common law tradition can be incorporated into the Brazilian precedent framework.

KEYWORDS: Precedents. Common law. Civil law.

SUMÁRIO: 1. Para começar, o problema dos precedentes brasileiros. 2. O que se deve compreender por precedentes judiciais no direito brasileiro. 3. Podemos dizer que o Brasil adotou o sistema *common law*? 3.1 O que é possível importar do sistema *common law*, em matéria de precedente, para os precedentes vinculantes? Conclusão.

1. Para começar, o problema dos precedentes brasileiros

O tema precedente provoca incertezas e gera muitas discussões, especialmente porque, no Brasil, passou-se a chamar de precedentes algumas decisões de observância e aplicação obrigatória, mas que não são propriamente precedentes como tradicionalmente conhecidos no sistema *common law*. No Brasil, as decisões que se convencionou chamar de precedentes estariam num limbo entre as decisões proferidas por órgãos hierarquicamente superiores — que deveriam ser naturalmente respeitadas — e os precedentes do modelo *common law*.

Em um conceito não jurídico, é tudo o que é anterior, que vem antes, que acontece antes, como lembra Frederick Schauer².

² “It is worth noting at the outset that precedent, although arguably concentrated in and more important in law than in other decision-making domains, and more important in common-law legal systems than in their civil-law counterparts, is by no means unique to legal decision making. Younger children who demand to be treated just as their older siblings were treated at the same age are relying on arguments from precedent, as are consumers who insist on being given the same prices and terms as those offered to prior customers, as are members of committees and other collective decision-making bodies who treat the very existence of a previous committee decision on some subject as providing a reason to make the same decision on some subsequent occasion”. SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Disponível em: <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>. Acesso em: 27 fev. 2023. Tradução livre: Vale a pena notar desde o início que o precedente, embora indiscutivelmente concentrado e mais importante na lei do que em outros domínios de tomada de decisão, e mais importante nos sistemas jurídicos de direito consuetudinário do que em suas contrapartes de direito civil,

Já na seara jurídica, tradicionalmente é toda decisão judicial anterior, utilizada como parâmetro para julgar uma decisão posterior. É o que precede, o que ocorre previamente. Isto significa que sempre terá origem numa decisão proferida em um caso concreto, cujo alcance somente poderá ser observado posteriormente, quando aplicado a casos posteriores semelhantes³.

A esse respeito, Neil MacCormick e Robert S. Summers já diziam que precedentes são “*prior decisions that functions as models for later decisions*”⁴, ou seja, decisões anteriores que servem de modelo para decisões posteriores. No mesmo sentido e objetivamente, Juraci M. Lopes Filho pondera que “precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores”⁵.

Não há dúvidas, portanto, de que precedente é a decisão anterior que serve de fundamento, norte, para decisões posteriores, tal como compreendia Neil Duxbury ao confirmar tratar-se de um evento passado que irá servir de guia de conduta de situações presentes⁶.

não é de forma alguma exclusivo para tomada de decisão jurídica. Crianças mais novas que exigem ser tratadas da mesma forma que seus irmãos mais velhos foram tratados na mesma idade estão contando com argumentos de precedentes, assim como consumidores que insistem em receber os mesmos preços e condições oferecidos a clientes anteriores, assim como membros de comitês e outros órgãos de tomada de decisão coletiva que tratam a própria existência de uma decisão anterior do comitê sobre algum assunto como uma razão para tomar a mesma decisão em alguma ocasião subsequente.

³ “o núcleo de cada um destes pronunciamentos potência, em princípio, um precedente judicial. O alcance eficaz deste somente pode ser inferido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se o *Leading* de uma séria de casos análogos”. TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 159-160.

⁴ MACCORMICK, Neil, SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents*. Vermont: Dartmouth, 1997, p. 1. Tradução livre: decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras.

⁵ LOPES FILHO, Juraci M. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 115.

⁶ “*A precedent is a past event — in law the event is nearly always a decision — which serves as guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best*

Assim, quando da prolação de decisões posteriores, é que se olhará para o passado no intuito de identificar se existe uma decisão anterior (precedente) que poderá servir de fundamento para o caso a ser julgado. Isso porque casos iguais devem ser decididos igualmente.

Diz-se que precedente é conceito lógico-jurídico⁷, fenômeno ocorrido no direito, tanto no *civil law* quanto no *common law*⁸. Pode ser compreendido, em sentido próprio, como a decisão judicial que fixa tese jurídica (norma jurídica) e que deverá ser seguida no julgamento de casos idênticos⁹; ou, em sentido impróprio, como a própria

forgotten) and does not guide future action at all. Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected". DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1-30. Tradução livre: Um precedente é um acontecimento passado — no direito, o acontecimento é quase sempre uma decisão — que serve de guia para uma ação presente. Nem todos os eventos passados são precedentes. Muito do que fizemos no passado rapidamente se torna insignificante (ou é melhor esquecê-lo) e não orienta de forma alguma a ação futura. Compreender o precedente requer, portanto, uma explicação de como os eventos passados e as ações presentes passam a ser vistos como conectados.

⁷ Para Lourival Vilanova, os conceitos jurídicos têm origem em diversos planos, uns mais específicos, outros genéricos; uns fundamentais e outros derivados (VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET 2003, p. 4). Nesse contexto, Fredie Didier alerta que o conceito no direito pode ser lógico-jurídico ou jurídico positivo. O conceito jurídico-positivo “é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. [...] Trata-se de noção que somente pode ser obtida *a posteriori*”, enquanto o conceito lógico jurídico “é aquele construído pela Filosofia do Direito (é uma das tarefas da Epistemologia jurídica), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal. Serve aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado. É, verdadeiramente, um pressuposto indispensável de qualquer contato científico com o direito”. DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 51-54.

⁸ “o precedente é um conceito lógico-jurídico, pois sua definição não depende do direito positivo. Precedente constitui um instituto fundamental do Direito Processual e se faz presente em qualquer ordenamento”. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 441; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT,

tese jurídica (norma do precedente), constituída pela *ratio decidendi* (razões de decidir)¹⁰. Tanto a decisão que deu origem à tese a ser observada quanto a própria tese podem ser compreendidas como precedente¹¹. É, ao mesmo tempo, continente e conteúdo¹² e não se confunde com o tema, sendo expressão utilizada pelos Tribunais para organizar os precedentes vinculantes, são normalmente numerados.

Contudo, o que convencionamos chamar de precedentes brasileiros não se encaixa exatamente no conceito tradicional de precedentes.

Não se pode transferir o conceito e os mecanismos de aplicação dos precedentes do *common law* diretamente para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em função da notável característica retrospectiva dos precedentes nesse sistema, no qual uma decisão somente adquire a condição de precedente quando, em um momento futuro, servir como base para decisões subsequentes.

De forma muito diferente, “os precedentes vinculantes encontram-se previstos em lei, e, por esse motivo, já se conhecem previamente as decisões que ostentam esse *status*”¹³, ou seja, ao produzir

2010, p. 216; TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 98; MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre Freire (*et al.*) (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 686.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442.

¹¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 324-330; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 91-92; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 158; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 78.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 444.

¹³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 79.

o precedente, o tribunal já sabe que essa decisão deverá ser aplicada aos casos futuros.

2. O QUE SE DEVE COMPREENDER POR PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a ideia de “precedente”, conforme prevista hoje, apareceu no substitutivo do CPC/2015 da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010). No PL n. 166/2010 do Senado, havia uma preocupação quanto à uniformização da jurisprudência, mas não se utilizava a expressão “precedente”.

A intenção era, na verdade, de respeito às decisões anteriores, para uniformização e segurança jurídica, o que, indiscutivelmente, era necessário. Nesse contexto, a solução encontrada foi tornar obrigatórias e vinculantes algumas decisões, as quais foram chamadas de precedentes.

Apesar de o CPC/2015 utilizar-se da expressão “precedente”¹⁴, não está de fato implementando um sistema de precedentes como tradicionalmente é conhecido. O CPC/2015 se utilizou da expressão “precedente” para se referir a decisões vinculantes, que devem ser observadas no julgamento de casos idênticos. Com isso, o que o Código procura, de alguma forma, é impor respeito às decisões superiores e uniformidade às decisões. Trata-se de decisões proferidas em incidentes específicos, cuja finalidade é fixar uma tese (norma jurídica), um entendimento a ser aplicado a outros processos idênticos ou semelhantes.

Quando o CPC/2015 se referir a “precedentes”, quer se referir aos precedentes vinculantes. Por essa razão, alguns defendem que o conceito de precedente está vinculado àquelas decisões consideradas obrigatórias¹⁵, enquanto as decisões somente persuasivas dos

¹⁴ A expressão “precedente” é utilizada pelo CPC/2015 no art. 489, § 1º, V; art. 489, § 1º, VI; art. 926, § 2º, e art. 927, § 5º.

¹⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 342-347.

tribunais deveriam ser reconhecidas como jurisprudência, apesar de o CPC/2015, muitas vezes, utilizar a expressão “jurisprudência” sem distinguir precedentes vinculantes ou persuasivos¹⁶, como no caso do art. 927, § 3º, do CPC/2015, que se refere à “jurisprudência” no sentido de decisões que se destacam por sua relevância ou quantidade¹⁷.

Também não se pode ignorar que uma decisão posterior, quando servir de fundamento para uma decisão futura, será precedente, o que é chamado de precedente persuasivo. Não é precedente vinculante, mas não deixa de ser precedente.

Por essa razão, Ronaldo Cramer reconhece que “precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos”¹⁸.

De todo modo, essa discussão mais diz respeito ao momento de se reconhecer o precedente do que a seu conceito propriamente dito. Seja a decisão nascida como precedente, seja a decisão posteriormente aplicada, será ela precedente. A diferença será somente

¹⁶ A esse respeito: “vincular a terminologia jurisprudência à persuasão parece ir de encontro com a própria nomenclatura utilizada pelo CPC”. Afinal, de acordo com o art. 926, “Os tribunais devem uniformizar sua *jurisprudência* e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A jurisprudência a que faz referência o texto normativo deve ser entendido tanto quanto aquela que é vinculante quanto a persuasiva. Se o conceito de jurisprudência fizesse referência apenas às decisões com eficácia persuasiva, os deveres mencionados no art. 926 não se aplicariam aos precedentes vinculantes, interpretação que não seria adequada. Na verdade, é mais essencial ainda que os deveres de estabilidade, integridade e coerência sejam conectados aos precedentes vinculantes. Ainda, em vários outros casos, o CPC utiliza-se da nomenclatura “jurisprudência” para fazer menção a um conjunto de precedentes, sem fazer qualquer diferenciação entre sua vinculação ou não. A bem da verdade, em várias hipóteses, o termo parece estar mais próximo da vinculação do que da persuasividade”. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 139.

¹⁷ CIMARDI, Claudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 88.

¹⁸ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

quanto ao momento em que é reconhecido como tal.¹⁹ Para o sistema jurídico brasileiro, esse momento de quando a decisão é reconhecida como precedente importa, especialmente, em razão da sua vinculação, e, por consequência, das formas de aplicá-lo.

Assim como Ronaldo Cramer, nesta pesquisa, acredita-se que, no Brasil, precedente pode ser compreendido como toda decisão de tribunal, vinculante ou não vinculante (persuasivo), a ser observada.

Os precedentes vinculantes devem ser observados porque há imposição legal e a previsão de mecanismos de correção, caso não sejam aplicados. Os precedentes não vinculantes, aqueles persuasivos, devem ser observados para manter a uniformidade, a estabilidade, a coerência e a integridade, ou seja, por uma questão de segurança jurídica e unidade do direito. Nos casos dos precedentes vinculantes, a uniformidade, a estabilidade, a coerência e a integridade são impositivas; no caso dos precedentes não vinculantes, deveria acontecer naturalmente, em razão do bom senso.

Para além do conceito de precedente, contudo, a aplicação dos precedentes no CPC/2015 mais se aproxima de uma técnica de julgamento, especialmente em razão de a tese ser aplicada a casos presentes e futuros, e não somente a casos futuros²⁰. A forma pela qual são criados e aplicados é um verdadeiro mecanismo para solucionar diversas demandas iguais ou semelhantes, ou seja, uma maneira de solucionar litígios de massa, isto é, que discutem a mesma questão de fato ou de direito, idênticas ou semelhantes, em múltiplos processos. Os precedentes em si são aqueles vinculantes ou não vinculantes que servem de fundamento para outros casos iguais ou semelhantes.

¹⁹ “Precedente é tão somente a decisão que fixa a norma jurídica que deve ser seguida em casos idênticos. Se o precedente já surge como tal ou é identificado assim posteriormente, isso diz respeito ao momento de reconhecimento do precedente, não sendo determinante para a sua caracterização”. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 80.

²⁰ Por essa razão foram também chamados de “precedentes à brasileira”. ROSSI, Julio. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

No caso dos precedentes vinculantes, a forma pela qual são elaborados e sua aplicação revelam uma técnica de julgamento, isto é, eles resultam de procedimento que implicará em especificidades para sua aplicação. Por isso, afirma-se ser uma técnica de julgamento, resultando na fixação de uma tese a ser aplicada, sem também ignorar a necessidade de naturalmente (sem uma vinculação) as decisões dos tribunais serem observadas e aplicadas como precedentes.

Muito se discute a respeito do que de fato vincula um precedente.

No Brasil, precedentes podem ou não ser vinculantes, daí ser oportuno compreender o que leva a essa vinculação. Para tanto, é necessário compreender que a obrigatoriedade quanto ao respeito das decisões proferidas pelos tribunais pode ser forte, média e fraca, como ensina Teresa Arruda Alvim²¹.

A obrigatoriedade será forte quando o desrespeito ao precedente puder ser corrigido por meio de instrumentos/ações para essa finalidade, ou seja, a imposição para se aplicar o precedente, a exemplo da reclamação. A obrigatoriedade será média quando o desrespeito ao precedente puder ser corrigido por meio de instrumentos genéricos de revisão das decisões judiciais, caso dos recursos em geral. A obrigatoriedade será fraca quando o respeito ao precedente decorrer do bom senso e da lógica do direito, o que é desejável, mas sem um instrumento ou recurso para revisar a decisão e a aplicação do precedente.

Os precedentes vinculantes são aqueles cujo grau de obrigatoriedade é forte e o que os torna vinculantes é justamente a possibilidade de correção por instrumentos próprios para essa finalidade. Significa dizer que a vinculatividade não decorre do art. 927 do CPC/2015, mas da existência de mecanismos para impor a tese fixada.

Justamente por impor a aplicação de uma tese fixada pelos tribunais aos casos idênticos ou semelhantes, muito se discute se o CPC/2015 teria, ou não, adotado o sistema *common law*.

²¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 274-277.

Nesse contexto, Georges Abboud e Lenio Streck alertam que o sistema criado pelo CPC/2015 pode resultar em uma perigosa *commonlização* do direito brasileiro, já que leva os Tribunais a assumirem um papel de maior relevância²².

Afirma-se, seguramente, que o CPC/2015 não se amolda ao sistema de precedentes dos modelos de *common law*. O tratamento recebido pelos precedentes no sistema brasileiro rompe, em alguma medida, a tradição do *common law*, como se vê na sequência.

3. PODEMOS DIZER QUE O BRASIL ADOTOU O SISTEMA *COMMON LAW*?

Esclarece-se, inicialmente: seja no sistema de *civil law*, seja no sistema de *common law*, precedente judicial deveria ser compreendido como “uma decisão que seja “repetida” em casos idênticos ou essencialmente semelhantes”²³, o que não ocorre no Brasil, onde somente são valorizados os precedentes vinculantes, com origem somente em determinados casos.

No sistema *common law*, de fato, precedente é a decisão pretérita a servir de “modelo”, parâmetro de decisão, para uma decisão futura. Isso porque, nesse sistema, muitas vezes, as regras de comportamento não são reguladas por lei, mas pelas decisões judiciais, ou seja, é a principal fonte do direito. Naturalmente, o respeito às decisões anteriores e hierarquicamente superiores é cultural.

²² “Os sintomas dessa perigosa *commonlização* do direito brasileiro já começam a aparecer nos julgamentos dos Tribunais Superiores, os quais, sem dúvida, acaba(ria)m assumindo um papel ainda mais proeminente no cenário jurídico nacional. Daí a razão de muitos membros das Cortes Superiores simpatizarem com a transformação à margem da Constituição do sistema jurídico brasileiro”. ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.221.

²³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 272.

Não há uma regra legal que obrigue ou vincule o respeito ao precedente, mas é o que se considera correto a ser feito²⁴, em razão da marcante característica do *common law* basear-se em tradições e não no positivismo. A esse respeito, contudo, é necessário somente ponderar que precedente e costume não se confundem. Ocorre que o costume é reconhecido pelos tribunais e se transforma em precedente²⁵ e, é igualmente perseguido em razão da tradição do respeito aos precedentes.

Nos países de *common law*, precedentes são decisões anteriores utilizadas para dar subsídio e servir de fundamento para decisões posteriores. Somente no futuro, quando a decisão anterior é aplicada a um julgamento, é que ela será utilizada como precedente, isto é, a “norma jurídica é deduzida exclusivamente a partir do julgamento do caso concreto para, após abstraída, ser aplicada a casos idênticos”²⁶.

A peculiar forma de aplicação do precedente no *common law* consiste em se extrair da decisão a *ratio decidendi*, possibilitando que casos com fatos diversos sejam interpretados igualmente, garantindo, assim, maior segurança jurídica. Isso demonstra que o raciocínio do jurista no *common law* não é abstrato, nem baseado em subsunção entre o precedente e os fatos. Trata-se de um raciocínio indutivo, mais refinado, que parte de um caso anterior, verificando-

²⁴ “When judges follow precedents they do so not because they fear the imposition of a sanction, but because precedent -following is regarded among them as correct practice, as a norm, deviation from which is likely be viewed negatively”. DUXBORY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Tradução livre: “Quando os juízes seguem precedentes, eles o fazem não porque temam a imposição de uma sanção, mas porque o seguimento de precedentes é considerado entre eles como uma prática correta, como uma norma, cujo desvio provavelmente será visto de forma negativa”.

²⁵ “O precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em precedente. A sentença, pois, confirma o costume”. TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 4.

²⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 28.

-se a semelhança entre eles, para extrair a norma (*ratio decidendi*) e aplicá-la no caso posterior²⁷.

Nesse cenário, os precedentes no *common law* não são simplesmente aplicados, mas devem ser interpretados, assim como a lei.

O sistema de *common law*, contudo, não é sinônimo de ausência de lei, ao contrário, existe a “norma legislada”²⁸, aquela produzida pelo legislador. A esse respeito, Hermes Zaneti Junior observa que “o *common law* americano tem como base uma constituição escrita e rígida, conferindo unidade ao ordenamento a partir do texto fundamental”²⁹.

²⁷ “No *common law*, depois de ser o caso analisado em seus aspectos fáticos (indissociáveis de sua qualificação jurídica, aos olhos de quem os analisa), o foco passa a situar-se em um ou em vários (já selecionados) precedentes. Qual seria o adequado? Então, *grosso modo*, os passos seriam: 1) Examinar o caso; 2) Verificar a *relevant similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (*analogy*); 3) Determinação da *ratio decidendi*; 4) Decisão de aplicar o precedente para resolver o caso”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, 2010, p. 33-45.

²⁸ “É bastante equivocada a ideia de que o *common law* só permite que os juízes criem direitos porque nos países que o adotam não há grande produção legislativa — se comparado à que podemos encontrar nos países que adotaram o *civil law*. Tomando o exemplo do Direito norteamericano, podemos constatar que naquele país há um grande emaranhado de leis estaduais e federais, em número bastante superior a países cujos sistemas jurídicos se perfilham ao *civil law*. Não é a codificação ou a quantidade de leis escritas promulgadas pelo legislativo, portanto, o critério responsável pela distinção entre esses dois sistemas. Nem mesmo a supremacia da lei pode ser um critério, pois também no *common law* a autoridade da lei é superior à autoridade das decisões judiciais. Ao permitir que os juízes do *common law* criem direitos, assume-se, com isso, apenas que a legislação não tem a pretensão de regular todos os casos que podem ser levados ao Judiciário.

O que, de fato, diferencia os dois sistemas é a *postura dos seus juízes e tribunais quanto ao respeito pelos precedentes judiciais*”. MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre Freire (*et al.*) (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 695.

²⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 335.

Diante disso, as decisões anteriores servem não só como fundamento para as posteriores, mas também orientam a conduta dos cidadãos, assim como a lei nos países de *civil law*³⁰. Nessa cultura dos precedentes, além de eles servirem como direcionamento para as regras de conduta, também proporcionam segurança jurídica e igualdade de tratamento nas relações.

Já nos sistemas de *civil law*, a principal característica é justamente a positivação das normas. Isso não significa que as interpretações dos tribunais hierarquicamente superiores podem ser desconsideradas ou ignoradas. O respeito às decisões anteriores, especialmente dos tribunais hierarquicamente superiores, é lógico e deveria ser observado também no *civil law*.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas explicam que, nos países de *civil law*, as decisões hierarquicamente superiores são tradicionalmente respeitadas. Isso porque se reconhece a função paradigmática dos Tribunais Superiores, os quais, por tradição, também não têm o hábito de alterar com frequência sua jurisprudência³¹.

O simples fato de se adotar o sistema de *civil law* não deveria ser natural nem cultural o desrespeito às decisões anteriores e hierarquicamente superiores. Ao contrário, mesmo os países de *civil law*

³⁰ “nos países de *common law*, os precedentes desempenham o papel de principal pauta de conduta dos cidadãos. Correlatadamente, a lei desempenha, nos países de *civil law*, exatamente este papel”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, 2010, p. 33-45.

³¹ “[...] nos sistemas de *civil law*, normalmente precedentes têm seu valor num conjunto de outras decisões no mesmo sentido, que demonstram haver um certo grau de consenso a respeito da matéria decidida. Excepcionalmente, no *civil law*, faz-se menção a uma decisão judicial, qualificando-a como um precedente. Claro que a noção de precedente só tem razão de ser se se projeta no futuro a ideia de que este deve servir de parâmetro ou se isso efetivamente ocorre. Ou seja, só a perspectiva temporal, tanto no *civil law* quanto no *common law*, é que explica ver-se, na decisão, um precedente. No entanto, no *common law*, é justamente a regra geral a de considerar-se um precedente como relevante para o sistema. Evidentemente, de um jeito ou de outro, de forma mais ou menos expressa, a ideia de que o respeito aos precedentes é necessário liga-se à noção de sistema”. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial e Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 123-124.

devem respeitar decisões proferidas por órgãos superiores e buscar a estabilidade das decisões³². Assim, o conceito de precedente de países de *common law* e *civil law* não é (ou não deveria ser) diferente. Por consequência, nos países de *civil law*, os precedentes também devem ser respeitados.

O que caracteriza o *civil law* e o *common law* não é propriamente o respeito aos precedentes. Em ambos os sistemas, é natural que as decisões hierarquicamente superiores sejam respeitadas e aplicadas a casos futuros. O que os diferencia é que o *common law* tem como principal fonte do direito o precedente, enquanto o *civil law* tem como principal fonte do direito a norma legislada (suporte físico produzido pelo legislador).

No sistema criado pelo CPC/2015, o que se verifica não é propriamente uma aproximação do *common law* ou afastamento do *civil law*. O CPC/2015 tão somente atribuiu efeito vinculante a determinadas decisões proferidas pelos tribunais. Com isso, algumas decisões nascem como precedentes para serem aplicadas a casos idênticos atuais e futuros.³³

Para Ravi Peixoto, com as alterações normativas em matéria de precedentes, o Brasil está no caminho para adotar uma cultura do

³² “Países de *civil law* têm a tendência e a tradição de respeitar jurisprudência iterativa e firma de quaisquer órgãos de 2.^a instância e decisões de Tribunais Superiores têm a vocação de se tornar precedentes, porque se reconhece a função paradigmática de Tribunais Superiores, que têm, via de regra, jurisprudência estável, ou seja, elas próprios não alteram com frequência suas posições”. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 274.

³³ “O NCPC prestigia *precedentes* proferidos em certas e determinadas situações que justificam sejam eles tidos de *antemão* como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, precedentes a posteriori: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas em casos posteriores, idênticos ou semelhantes. De acordo com a sistemática do CPC de 2015, há decisões que já nascem como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e às vezes semelhantes”. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial e Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 274.

stare decisis, de modo a valorizar os precedentes. Nesse cenário, ocorreria a estabilização dos entendimentos exarados pelos Tribunais Superiores e respeito dos órgãos jurisdicionais, assim como no *common law*³⁴.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas acreditam não haver propriamente uma migração do sistema de *civil law* para o *common law*, o que ocorre é uma pequena ruptura com o CPC/2015 da tradição do *civil law* ao qualificar determinadas decisões como precedentes com vinculatividade obrigatória.³⁵

Já Ronaldo Cramer não acredita haver uma migração do sistema de *civil law* para o *common law*, mas acredita em uma convergência entre ambos, por haver uma incorporação de institutos, mas sem descaracterizar a tradição de origem. Nesse contexto, acredita que a criação de um sistema de precedentes aproximou o sistema bra-

³⁴ “[...] o Brasil, que já é tido por alguns como um modelo miscigenado (uma espécie de *brazilian law*) desde a Constituição de 1891, pela adoção do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e a forma de pensar e o direito infraconstitucional, fortemente influenciados pelo *civil law*, tem valorizado, cada vez mais, a teoria dos precedentes, caminhando para a adoção de uma cultura do *stare decisis*, muito embora ainda exista um longo caminho, inclusive na cultura dos operadores do direito. Principalmente a partir da década de 90 do século passado, com as diversas reformas legislativas, é notável o aumento da valorização dos precedentes. [...] É inegável que o Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes. As alterações normativas são apenas o primeiro passo. O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo”. PEIXOTO. Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 — uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, v. 248, p. 331-355, out. 2015.

³⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 274.

sileiro do *common law*, mas sem migrá-lo para o *common law*. Seria somente uma convergência entre os sistemas³⁶.

Nessa mesma linha, *já se manifestou Welder Queiroz dos Santos*³⁷. De fato, não há uma migração para o sistema *common law*, especialmente porque foi adotado o positivismo das normas, o que por si só é suficiente para afastar qualquer alegação de *commonlização* do direito brasileiro. Por outro lado, a aplicação de decisões pretéritas como fundamento de decisão de casos futuros se assemelha aos precedentes no *common law*, o que não significa dizer que o respeito a decisões hierarquicamente superiores também não deveria ser natural no *civil law*, ou seja, não é característica exclusiva do *common law*.

No Brasil, o desrespeito às decisões anteriores é um problema cultural. Desrespeitar decisões judiciais hierarquicamente superiores não é uma característica do sistema *civil law*, mas um problema da justiça brasileira. E, justamente, por não ser cultural o respeito às decisões hierarquicamente superiores, é que o CPC/2015 tentou, com os precedentes, criar um sistema pelo qual essas fossem respeitadas, o que não implica em uma modificação do sistema de *civil law* para o sistema de *common law*. No Brasil, criou-se um sistema cujos precedentes são de observância obrigatória, o que levou ao

³⁶ “observa-se, cada vez mais, uma tendência de convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*. Esse movimento, muito embora não tenha começado hoje, acentuou-se bastante recentemente. [...] no que toca ao Brasil, as causas repetitivas tornaram-se um problema crônico para o nosso Judiciário [...]. Isso porque o número de processos em curso no Brasil é bastante expressivo, e não há como dar conta dessa realidade sem a adoção de um sistema que respeite os precedentes, de forma parecida — mas não idêntica — com o que ocorre no *Common Law*. A necessidade de implementação de um sistema de precedentes foi, sem dúvida, um dos principais motivos para a aproximação do nosso ordenamento ao *Common Law*”. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 28-32.

³⁷ “Essa opção legislativa adotada pelo Brasil reforça a convergência que tem ocorrido entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. Não que isso seja uma grande novidade. Pelo contrário, Mauro Cappelletti já destacou há algum tempo esse movimento de convergência”. SANTOS, Welder Queiroz dos. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 114.

uso do termo “precedente” para identificar decisões que já nascem para orientar outras decisões.³⁸

Essa vinculação, apesar de se afastar, em alguma medida, do *civil law*, considerando a atual realidade do Poder Judiciário brasileiro, é indispensável. O sistema criado pelo CPC/2015 faz com que a vinculação seja forte, conforme explica Teresa Arruda Alvim³⁹, especialmente em razão dos mecanismos de correção, o que também afasta qualquer dúvida quanto à aplicação do *common law* no Brasil, já que neste sistema inexistem mecanismos de correção quando não aplicados os precedentes, visto que eles são seguidos naturalmente, por uma questão cultural, e não por imposição.

Por essas razões, não é possível concluir pela comunalização do direito brasileiro. Verifica-se, na verdade, que esse sistema (de precedentes vinculantes) se afasta do *civil law* por privilegiar os precedentes e atribuir-lhes efeito vinculante, mas sem caminhar para uma migração do sistema (de *civil law* para o *common law*). Até porque, esse sistema também se afasta do *common law* por criar mecanismos de correção diante da não aplicação dos precedentes, ou seja, criar precedentes vinculantes. Nesse sentido, Cristiane Druve Tavares Fagundes afirma: “não se trata de mera importação de modelos”⁴⁰.

³⁸ “não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC de 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra ‘precedente’ é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do *common law*. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por Tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (*paradigmática*, afirmo eu)”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 598.

³⁹ “será tida como *forte* quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena de manejo de medida ou ação *especialmente concebida para esse fim*, a *reclamação*. São precedentes obrigatórios, no sentido forte, à luz do CPC/2015, por exemplo, as decisões proferidas no regime dos recursos repetitivos, disciplinada pelos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015”. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 275.

⁴⁰ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *A relevância da fundamentação para formação e aplicação dos precedentes*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2018, p. 100.

Michele Taruffo explica que, no *common law*, não é adequado dizer que os precedentes são vinculantes, já que os juízes se valem de técnicas argumentativas para aplicá-los ou não, de maneira que, no *common law*, eles não podem ser considerados necessariamente vinculantes⁴¹, como ocorre no Brasil.

Contudo, é possível aproveitar o *common law* para compreender sua adequada interpretação e a dinâmica de aplicação desse precedente, ao poder ser aplicado, rejeitado, distinguido, superado ou modificado. Reforça-se, no entanto, que não se está no caminho para um sistema de *common law*.

No *civil law*, o respeito a decisões hierarquicamente superiores também deveria ser natural, mas não há propriamente um sistema para a aplicação desses precedentes, demandando sua interpretação e compreensão como tal. Por isso, nesse ponto, é até possível identificar uma aproximação com o *common law*, que pode auxiliar no que tange à interpretação e à aplicação do precedente.

3. 1 O que é possível importar do sistema *common law*, em matéria de precedente, para os precedentes vinculantes?

No Brasil, o conceito de precedente não corresponde somente às decisões proferidas por tribunais hierarquicamente superiores aplicadas às decisões posteriores, mas também (e principalmen-

⁴¹ “*Da un lato, non è appropriato dire che il precedente di common law è vincolante, nel senso che ne derivi un vero e proprio obbligo del secondo giudice di attenersi al precedente. E’ noto che anche nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche argomentative, tra cui il distinguishing e l’overruling, al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire*”. Tradução livre: “Por um lado, não é apropriado dizer que o precedente do direito consuetudinário é vinculativo, no sentido de que dá origem a uma obrigação real do segundo juiz de seguir o precedente. Sabe-se que mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é mais eficaz, os juízes utilizam numerosos e sofisticados técnicas argumentativas, incluindo a distinção e a anulação, para não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir”. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 716.

te) a algumas decisões chamadas de precedentes vinculantes. O CPC/2015, quando utiliza a expressão “precedentes”, refere-se aos precedentes vinculantes (súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou entendimento firmado em IRDR ou de asunção de competência).

Esse cenário não indica um caminho, uma migração do sistema de *civil law* para o sistema de *common law*. Por essa razão, não é possível simplesmente importar o conceito e os institutos de aplicação dos precedentes do *common law* para o sistema jurídico brasileiro.⁴² Contudo, é possível olhar os precedentes no *common law* e aprender com seus institutos e formas de aplicação para buscar inspiração e melhor compreender o fenômeno no Brasil.

Embora não seja possível importar conceitos e institutos de precedentes do *common law* para o sistema brasileiro, é possível aprender com ele, a começar pelos elementos dos precedentes, a *ratio decidendi* (ou *holding*⁴³) e *obiter dictum*. Ambos são elementos estruturais dos precedentes que possibilitam a percepção do que vincula (*ratio decidendi*) e do que não vincula (*obiter dictum*) em um precedente.

A *ratio decidendi*, como o próprio nome indica, é a razão de decidir.⁴⁴ Corresponde ao “núcleo da decisão judicial, do qual é extra-

⁴² Em situação semelhante, Barbosa Moreira já alertava quanto ao cuidado na importação de institutos de outros sistemas jurídicos: “No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas — o brasileiro, de linhagem europeia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*, oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 9-10.

⁴³ A expressão *ratio decidendi* é comumente utilizada no direito inglês, enquanto a expressão *holding* é utilizada no direito norte-americano.

⁴⁴ “*ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for*

da a regra jurídica generalizável para outros casos que tratem dos mesmos fatos essenciais”⁴⁵. Não corresponde exatamente ao que está na decisão, mas é o que se extrai dela, isto é, a partir dos fundamentos fáticos e jurídicos será possível extrair a *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* deve ser extraída dos fundamentos da decisão, mas com eles não se confunde. Isso porque não está expressa, como os fundamentos, mas é a partir dos fundamentos e do contexto fático da decisão que se identifica a razão de decidir.

Assim, o contexto fático considerado pelo tribunal para preferir o precedente importa para se extrair a *ratio decidendi*. É esse contexto, aliás, que afasta a *ratio decidendi* do precedente dos atos normativos legislados, pois esses são abstratos e a eles não estão agregadas circunstâncias fáticas⁴⁶.

Em razão dessa carga dos contextos de fatos, identificar exatamente a *ratio decidendi* e seus contornos em cada caso é tarefa difícil, senão impossível, já que esses fatos influenciaram diretamente no comando emanado do precedente⁴⁷. A *ratio decidendi* pressu-

deciding” Tradução livre: “*ratio decidendi* pode significar razão para decisão ou razão para decidir. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. London: Cambridge University Press. 2008, p. 67.

⁴⁵ ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁴⁶ “Não se trata de regra geral e abstrata, similar à de um ato normativo expedido pelo Poder Legislativo, pois a *ratio decidendi* está sempre ligada ao contexto fático analisado pelo tribunal. Daí por que a *ratio decidendi* constitui regra jurídica que sempre se relaciona aos fatos essenciais do processo no qual foi formado o precedente, sem poder ser abstraída de seu contexto”. ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁴⁷ Não é complicado compreender que a parcela obrigatória do precedente é a *ratio decidendi*. A grande dificuldade de se trabalhar com precedentes no *common law*, e certamente também é no sistema brasileiro, consiste na *exata e concreta* definição de *ratio decidendi*, eis que a delimitação objetiva da parcela vinculante do precedente pode ser tarefa *impossível* de se realizar *aprioristicamente* pela definição de um *único método*. Igualmente, consiste em árduo exercício dogmático precisar com exatidão seus contornos e extensões diante de um cenário fático individualizado, haja vista as *categorias* subjacentes a esses fatos que influenciam diretamente a dimensão de seu conteúdo normativo”. MIRANDA, Victor Vasconcelos.

põe, portanto, identificar os fatos relevantes para a conclusão adotada pelo tribunal para decidir.

A *ratio decidendi*, portanto, corresponde às razões de decidir em determinado caso, identificando-se quais os fatos e os fundamentos relevantes para a conclusão adotada pelos julgadores. Por consequência, a aplicação dos precedentes pressupõe a identificação no caso posterior dos mesmos fatos relevantes do caso do precedente para se aplicar as mesmas razões de decidir.

O *obiter dictum*, por sua vez, são todos os fundamentos que não integram a construção da norma jurídica extraída do precedente. São os argumentos que não se prestam para identificar a *ratio decidendi*, isto é, que não foram decisivos para a conclusão adotada pelo tribunal⁴⁸. São aqueles nos quais não houve contraditório; que foram somente invocados pelo voto vencedor em um julgamento, mas que não integram o objeto do acórdão; elementos de fato que não dizem respeito ao objeto da demanda.

No Brasil, o sistema de precedentes tem dinâmica própria, vocacionada a resolver processos em massa. Nesse contexto, o que se observa, tanto do enunciado da súmula quanto da tese fixada, é a comunhão entre a situação fática e a norma correspondente, ou seja, é praticamente a descrição da subsunção do fato à norma, já que “preestabelece a tipologia fática dos casos a serem regulados de forma idêntica”⁴⁹.

Do ponto de vista fático, a tese jurídica e o enunciado de súmula devem espelhar, rigorosamente, as questões discutidas nos casos

Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 60-61.

⁴⁸ “o *obiter dictum* é todo e qualquer argumento que seja dispensável para a determinação da *norma do precedente* e que tem a função apenas de complementação, reforço argumentativo e ilustração das razões da decisão. São, pois, sedimentados sem que representem maiores relevância para a própria decisão judicial proferida”. MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 73.

⁴⁹ ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

paradigmas⁵⁰, ou seja, devem guardar coerência com a matéria objeto do julgamento⁵¹, o que pode ser até compreendido como uma face do princípio da congruência⁵². Por essa razão, a tese jurídica e o enunciado de súmula não podem ser genéricos e devem refletir a situação de fato que o tribunal solucionou⁵³.

Diante disso, percebe-se que a tese jurídica e o enunciado de súmula não equivalem à *ratio decidendi*, mas que a fixação da tese é feita a partir da *ratio decidendi*, ou seja, “o conceito de tese jurídica adotado pelo CPC/2015 parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*”⁵⁴.

Em verdade, a tese está contida na *ratio decidendi*. Em outras palavras, ainda que inconscientemente, mas instintivamente, a tese ou enunciado de súmula é extraído a partir da *ratio decidendi* dos precedentes que a originaram, já que a tese ou enunciado de súmula deve (ou deveria) corresponder ao resultado da soma dos fatos

⁵⁰ “a tese deveria agregar os fundamentos determinantes da decisão e os tribunais superiores deveriam acolher, frente à criação de um sistema de respeito aos precedentes, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, no que parece haver ainda alguma resistência”. FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, v. 267, p. 419-441, mar. 2017.

⁵¹ “A atividade do Poder Judiciário está circunscrita à tarefa de julgar casos concretos que lhe sejam submetidos, de maneira que a tese jurídica produzida no julgamento de casos repetitivos não pode ultrapassar os limites das questões presentes no caso concreto”. ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁵² Pelo princípio da congruência, é vedado ao julgador proferir decisão de natureza diversa da pedida (art. 492 do CPC/2015), de modo que o julgador deve solucionar a controvérsia em juízo, nem a menos, nem a mais, nem de forma diversa. Obviamente, que em matéria de precedentes vinculantes, a fundamentação acaba se ampliando, mas isso não autoriza o Tribunal a fugir do tema afetado para julgamento, por isso ponderamos que pode ser compreendido como uma face do princípio da congruência.

⁵³ ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁵⁴ MELLO, Patrícia P. C.; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, Brasília, p. 9-52, jul.-set. 2016.

mais relevantes e à norma jurídica aplicável ao caso. Com a fixação da tese, o tribunal determina e identifica as situações fáticas abrangidas pela norma do precedente⁵⁵.

Essa delimitação das situações fáticas abrangidas pela norma do precedente por meio da tese ou do enunciado de súmula facilita a aplicação do precedente a casos idênticos. Isso porque, se identificado que o caso sob julgamento trata exatamente dos mesmos fatos identificados na tese ou do enunciado de súmula, a tese servirá de atalho para a aplicação do precedente.

Mais que isso, verificando-se a identidade de fatos entre o caso e o precedente, a tese deve ser aplicada. Assim, “o precedente pode ser considerado obrigatório quando a circunstância fática do caso submetido a julgamento se inclua na hipótese de incidência definida no precedente (= tese jurídica)”⁵⁶.

Apesar da distinção entre a *ratio decidendi* e a tese e enunciado de súmula, o desrespeito a qualquer um desses elementos poderia ser corrigido por meio de instrumentos próprios para essa finalidade, a exemplo da reclamação. Tanto a tese e o enunciado de súmula quanto a *ratio decidendi* dos precedentes obrigatórios vinculam⁵⁷. No entanto, alguns entendem que o elemento vinculante é somente

⁵⁵ “ao estabelecer a tese jurídica, o tribunal define desde logo a hipóteses de incidência da *ratio decidendi*, delimitando a zona de certeza positiva das situações fático-jurídicas que estão abrangidas pela regra criada pelo precedente. Significa, portanto, que a *ratio decidendi* e a tese jurídica mantém relação de continente e conteúdo”. ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁵⁶ ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

⁵⁷ “em ambos os casos — aplicação da tese jurídica e da *ratio decidendi* –, a decisão que se afastou do precedente está sujeita à reclamação. Assim, tanto aquela que tenha sido tomada em caso que trata de questão jurídica absolutamente idêntica à do precedente, quanto a que foram tomadas sem levar em conta o precedente, em casos factualmente diferentes, mas que estejam submetidas à mesma *ratio decidendi* do recurso piloto, podem ser controladas por meio de reclamação”. ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

a *ratio decidendi*, por acreditar que a tese corresponderia somente à proclamação do julgamento⁵⁸.

De todo modo, seja na aplicação da tese ou enunciado de súmula, seja na aplicação da *ratio decidendi*, o precedente deve ser interpretado em maior ou menor grau para se concluir pela aplicação, distinção ou superação. Em casos semelhantes (e não idênticos do ponto de vista fático), o exame da *ratio decidendi* será indispensável; já nos casos idênticos, a tese ou enunciado de súmula normalmente são suficientes para o reconhecimento dessa identidade. Em outras palavras, nos casos em que não houver exata identidade de fatos, a aplicação do precedente se dará a partir da análise da *ratio decidendi*⁵⁹, já que somente a tese não será suficiente para isso; enquanto nos casos idênticos a tese ou enunciado de súmula podem bastar.

Vê-se, então, que, apesar do abismo entre o sistema jurídico brasileiro e os sistemas de *common law*, quanto à interpretação dos precedentes, é possível se socorrer da *common law*.

A respeito da dinâmica de aplicação dos precedentes, é possível aprender com *distinguishing* e *overruling* no *common law*, que, em alguma medida, pode contribuir quanto à aplicação, rejeição, distinção, superação e modificação. Isso porque, para se aplicar os precedentes, é indispensável interpretá-los.

⁵⁸ “É importante repensar a enunciação e o papel das teses ao final dos julgamentos de temas de repercussão geral e de recursos repetitivos, de forma a que se coloque nos trilhos o sistema de precedentes brasileiros, que deve ter na *ratio decidendi* e não na proclamação da solução para o caso, o elemento vinculante”. FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, v. 267, p. 419-441, mar. 2017.

⁵⁹ “A definição sobre a aplicabilidade da tese jurídica a casos que não sejam, do ponto de vista fático, rigorosamente idênticos àqueles que foram selecionados pelo tribunal e serviram de base para o julgamento do caso repetitivo e, por consequência, de parâmetro para a fixação da tese jurídica, não é feita a partir da tese, mas sim do exame da *ratio decidendi*. A facilitação propiciada pela criação da tese jurídica não pode tornar o precedente preceito abstrato, absolutamente desvinculado aos fatos essenciais discutidos nos recursos selecionadas para a apreciação da matéria”. ALVIM, Teresa Arruda; BARIANI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

Quanto aos institutos do *common law*, o que se pretende não é transplantar os institutos do *distinguishing, explaining, modifying, overruling* para o sistema jurídico brasileiro, mas somente pontuar como isso ocorre no *common law* para melhor compreender o tema e verificar o que é possível dele aproveitar.

O *distinguishing* corresponde à diferenciação do precedente com o caso sob julgamento, o que é possível a partir da identificação dos fatos relevantes do precedente e da argumentação (no sentido de demonstrar que o caso sob julgamento trata de matéria diferente).

Para exemplificar esse fenômeno, Zenon Bankowski, D. Neil MacCormick e Geoffrey Marshall contam que, no caso *Derry versus Peek* (1889, caso 337, apelação 14), os diretores de uma empresa produziram um prospecto contendo uma falsidade material cometida por negligência em vez de engano intencional. Investidores que perderam dinheiro após investir na empresa processaram os diretores com base em ‘fraude equitativa’. Contudo, o caso foi rejeitado sob o fundamento de que não poderia haver fraude sem intenção de enganar e nenhuma responsabilidade por perdas decorrentes de uma declaração falsa feita sem desonestidade e intenção de enganar.

Posteriormente, alguns advogados e juízes argumentaram que este caso era distinguível com base no fato de que ele somente realmente decidiu que a fraude requer a intenção de enganar, sem qualquer decisão necessária sobre se o delito, independente de negligência, se estendia para cobrir palavras inteligentes⁶⁰.

⁶⁰ “In *Derry vs Peek* (1889) 14 App. Cas. 337, the directors of a company produced a prospectus which contained a material falsehood committed through negligence rather than wilful deceit. Investors who lost money after investing in the company sued the directors on the ground of ‘equitable fraud’. Their case was rejected on the ground that there could be no fraud without intention to deceive, and no liability for loss arising from a false statement made without dishonesty and intent to deceive. Subsequently, some lawyers and judges argued that this case was distinguishable on the ground that it only really decided that fraud requires intent to deceive, without any necessary ruling on the question whether the independent tort of negligence extended to cover negligent words”. ZENON, Bankowski; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 341.

Na hipótese de *distinguishing*, não há alteração do precedente, mas somente o reconhecimento, por meio da argumentação, de que ele não é aplicado ao caso⁶¹, o que é imprescindível para afastar a aplicação do precedente no *common law*.

No sistema jurídico brasileiro, o art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, trata exatamente da fundamentação quanto à distinção de precedente e o caso em julgamento, o que pressupõe que a técnica (ou dinâmica) do *distinguishing* no momento da aplicação do precedente deve ser utilizada no sistema nacional.

Já o *overruling* corresponde à anulação da decisão pelo próprio tribunal que a proferiu, somado ao pronunciamento de um entendimento atualizado, o que é feito explicitamente. Como consequência, a decisão superada deixa de ser precedente para os casos futuros⁶² e a decisão que a superou é que deverá ser seguida.

O *overruling* pode ser compreendido como a fundamentação para se alterar a norma do precedente⁶³: “deve-se permitir que preceden-

⁶¹ “O *distinguishing* não altera o conteúdo do precedente, apenas esclarece que há outro precedente a ser seguido para solução do caso posto em questão. Não é então uma afirmação que o precedente é equivocado (*bad law*), mas apenas não aplicável ao caso (*inapplicable law*). O *distinguishing* é, portanto, uma decisão de não aplicabilidade de um precedente em determinada. Consiste o *distinguishing* em determinar a *ratio decidendi* de um caso e, portanto, é um dos momentos mais importantes do processo”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020, p. 78.

⁶² “*There is no problem with overruling in the UK because of the system of stare decisis. A superior court with the power to overrule can do so and does explicitly. The ratio of the overruled case then ceases to have any authority*”. Tradução livre: “Não há problema em anular a decisão no Reino Unido devido ao sistema de olhar decidido. Um tribunal superior com poder de anular pode fazê-lo e faz explicitamente. A proporção do caso anulado deixa então de ter qualquer autoridade”. ZENON, Bankowski; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 342.

⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

tes possam ser revistos, *mas não ignorados*⁶⁴. Então, o que ocorre no *common law* é que, diante da verificação de que um precedente deve ser modificado, no julgamento de um caso atual, o tribunal superior afasta o precedente anterior exarando novo entendimento da matéria discutida. Essa nova orientação é a que deverá ser seguida.

No sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015, alguns dispositivos tratam da modificação do precedente pelo próprio tribunal, o que ocorre por meio de procedimento específico. A ideia é a mesma do *overruling*, mas, para ocorrer essa modificação, é necessário observar o procedimento específico, o que não ocorre no *common law*.

A esse respeito, o art. 927, § 2º, do CPC/2015, trata da possibilidade de alteração da tese jurídica ou enunciado de súmula. Em complemento, o art. 927, § 4º, do CPC/2015, exige fundamentação adequada do tribunal.

Isso indica que, apesar de os precedentes vinculantes no Brasil terem origem de forma muito diferente dos precedentes do *common law*, a forma de interpretá-los e de aplicá-los guarda semelhanças, isto é, alguns pontos de convergência entre si, permitindo o aprendizado a partir do *common law*.

CONCLUSÃO

Entende-se que, no Brasil, precedentes são decisões vinculantes, que devem ser observadas no julgamento de casos idênticos, e sua aplicação se revela como técnica de julgamento, o que não se confunde com os precedentes no sistema de *common law*.

De todo modo, caracterizando o *civil law* e o *common law*, não é propriamente o respeito aos precedentes, mas na fonte primária de produção do direito: no *common law*, a jurisprudência desempenha papel normativo originário; no *civil law*, a lei permanece como su-

⁶⁴ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020, p. 97.

porte físico da norma, cabendo aos tribunais conferir-lhe interpretação uniforme e estável.

Nessa medida, é possível, e útil, importar do *common law* o “como” aplicar precedentes (delimitação da *ratio decidendi* frente a *obiter dicta*; emprego responsável de *distinguishing* e *overruling*), mas não o “o quê” constitui precedente em sentido estrito, pois no Brasil a vinculação nasce de opção legislativa e de procedimentos específicos de formação de tese.

Contudo, isso não significa que o Brasil adotou o sistema de *common law*, mas pode aprender com ele.

REFERÊNCIAS:

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. *Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. Revista de Processo, v. 296, p. 183-24, out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CIMARDI, Claudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *A relevância da fundamentação para formação e aplicação dos precedentes*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2018.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica*. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, v. 267, p. 419-441, mar. 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020.

MACCORMICK, Neil, SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents*. Vermont: Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre Freire (et al.) (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013.

MELLO, Patrícia P. C.; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, Brasília, p. 9-52, jul.-set. 2016.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual, oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 — uma análise sobre a adaptabilidade da distinção

(distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). *Revista de Processo*, v. 248, p. 331-355, out. 2015.

ROSSI, Julio. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Disponível em: <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>. Acesso em: 27 fev. 2023.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do Direito*. Escritos jurídicos e filosóficos. v. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET 2003.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, v. 893, 2010, p. 33-45.

Submissão: 30.set.2025

Aprovação: 13.out.2025

