

JUCELINNO ARAÚJO LIMA

**OS OBSTÁCULOS NA APLICAÇÃO
DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Função Social do Direito.

Orientador: Prof.-Dr. Luiz Everton Zanella

São Paulo

2023

JUCELINNO ARAÚJO LIMA

**OS OBSTÁCULOS NA APLICAÇÃO
DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Função Social do Direito.

Orientador: Prof.-Dr. Luiz Everton Zanella

São Paulo, _____ de maio de 2023.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Everton Luiz Zanella – FADISP
(Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães – FADISP

Profª Drª Heloysa Simonetti Teixeira

À minha amada esposa, KARLA VALÉRIA,
fonte de felicidade e amor.

Aos meus queridos pais, RAIMUNDA (em memória) e
FRANCISCO (em memória), pela formação e carinho.

Aos meus prezados irmãos, ARINO, SHIRLEY, TOMÉ,
JÂNIO, LENO e MIRTES, pelo apoio de sempre.

AGRADECIMENTOS

A ideia de elaboração do presente trabalho surgiu após participação na disciplina *Acesso à Justiça Constitucional*, ministrada pelo Prof. Dr. Renato Gugliano Herani, cujos debates despertaram meu entusiasmo pelo tema. Agradecimentos ao professor.

Agradeço ao orientador, Prof. Dr. Everton Luiz Zanella, pelo apoio, atenção e sugestões ao longo do desenvolvimento deste projeto.

Meus agradecimentos pela colaboração para o aprimoramento deste trabalho ao Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e à Prof^a Dr^a Heloysa Simonetti Teixeira, dos quais fui aluno, o primeiro no Mestrado da FADISP, a segunda na Graduação em Direito na Universidade do Estado do Amazonas, que muito me honram por integrarem as bancas de qualificação e examinadora dessa dissertação.

Agradeço aos Profs. Drs. Lauro Ishikawa, André Ramos Tavares e Henrique Garbellini Carnio, pela esmerada coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Do primeiro também tive a honra de ser aluno. E ao Prof. Dr. Thiago Lopes Matsushita, pela eficiente direção da Escola de Direito.

Meus agradecimentos às Prof^{as} Dr^{as} Maitê Cecília Fabbri Moro e Vanessa Santana Lima Trauzzola e aos Profs. Drs. Rennan Faria Kruger Thamay, Júlio César Vellozo e Luiz Guilherme da Costa Wágner Júnior, pelas oportunidades de aprendizagem e de reflexão sobre temas caros à vida pessoal, profissional e acadêmica.

Agradeço, ainda, à Lindaiane Ferreira dos Santos, Gabriela Paiva Araújo e Adriana André da Silva, sempre dispostas a colaborar no apoio administrativo.

Meus agradecimentos à Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, instituição que tenho orgulho de fazer parte dos quadros, e que colaborou sobremaneira para realização deste estudo e pesquisa.

Minha gratidão aos familiares e amigos, pela paciência, companheirismo e suporte tanto na realização deste trabalho como nos demais desafios da vida.

Ao Pai Supremo, toda honra e glória!

*A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
justiça por toda a parte.*

Martin Luther King Jr.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo trazer elementos que demonstrem o atual cenário brasileiro em relação aos precedentes constitucionais vinculantes e as barreiras para sua efetiva aplicação. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica de renomados autores que se debruçam sobre a matéria, além da análise da legislação correlata e de casos judiciais. Inicialmente traz-se o conceito de precedentes. Após, apresentam-se detalhes históricos das tradições da *common law* e da *civil law* e como os precedentes são tratados em cada uma delas, além da abordagem sobre quatro elementos que se entendem como imprescindíveis para este estudo: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, distinção e superação. Depois tem-se um capítulo dedicado aos precedentes vinculantes do direito brasileiro. Em seguida se apresenta alguns questionamentos sobre os precedentes obrigatórios. No último capítulo, aborda-se o conflito entre justiça constitucional e justiça ordinária por meio de estudos de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e a aplicação desses precedentes vinculantes pelas instâncias ordinárias. Conclui-se afirmando que o direito brasileiro necessita evoluir em qualidade na formação de precedentes judiciais obrigatórios, bem como ser desenvolvida uma postura de respeito aos precedentes por parte dos órgãos vinculados, a fim de se atingir seus relevantes objetivos.

Palavras-chave: Justiça Constitucional; Supremo Tribunal Federal; precedente; vinculação.

ABSTRACT

This work aims to bring elements that demonstrate the current Brazilian scenario in relation to binding constitutional precedents and the barriers to their effective application. The methodology used was the bibliographical research of renowned authors who deal with the matter, in addition to the analysis of related legislation and court cases. Initially, the concept of precedents is brought up. Afterwards, historical details of the common law and civil law traditions are presented and how precedents are treated in each of them, in addition to the approach on four elements that are understood as essential for this study: ratio decidendi, obiter dicta, distinction and resilience. Then there is a chapter dedicated to the binding precedents of Brazilian law. Next, some questions about mandatory precedents are presented. In the last chapter, the conflict between constitutional justice and ordinary justice is addressed through case studies judged by the Federal Supreme Court and the application of these binding precedents by ordinary instances. It concludes by stating that Brazilian law needs to evolve in quality in the formation of mandatory judicial precedents, as well as to develop a posture of respect for precedents by the related bodies, in order to achieve its relevant objectives.

Keywords: Constitutional Justice; Federal Court of Justice; precedent; Binding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 NOÇÕES BÁSICAS.....	14
2.1 Conceito de precedentes.....	14
2.2 Precedentes na <i>common law</i>.....	18
2.2.1 A busca por fontes do direito alternativas à lei.....	19
2.2.2 Formação da <i>common law</i>	21
2.2.3 <i>Stare decisis</i> e precedente.....	24
2.2.4 Função e aplicação dos precedentes na <i>common law</i>	27
2.3 Precedentes na <i>civil law</i>.....	28
2.3.1 A tradição da <i>civil law</i>	28
2.3.2 Precedentes na <i>civil law</i>	34
2.4 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>.....	35
2.5 Distinção e superação de precedentes.....	44
2.5.1 Distinção (<i>distinguishing</i>).....	44
2.5.2 Superação (<i>overruling</i>).....	48
3 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	51
3.1 Precedentes constitucionais.....	59
3.1.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	59
3.1.2 Recursos extraordinários repetitivos.....	60
3.1.3 Súmulas vinculantes.....	62
3.2 Precedentes infraconstitucionais.....	64
3.2.1 As decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais repetitivos.....	64

3.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.....	65
3.2.3 Incidente de Assunção de Competência – IAC.....	67
3.3 Reclamação.....	70
 4 QUESTIONAMENTOS SOBRE OS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES.....	 73
4.1 Precedente como fonte do direito.....	73
4.2 Independência do Poder Judiciário.....	75
4.3 Questão democrática.....	77
4.4 Alcance do precedente vinculante.....	79
4.5 Publicidade dos precedentes.....	82
 5 PRECEDENTES E CONFLITO ENTRE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA ORDINÁRIA.....	 85
5.1 Caso 1 – ADC 4 – Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública.....	85
5.2 Caso 2 – ADI 1232 – Critério para aferição da necessidade para concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC.....	92
5.3 Caso 3 – ADC 16 e RE 760.931/DF – Responsabilidade da Administração Pública na terceirização.....	96
5.3.1 Terceirização na Administração Pública.....	97
5.3.2 A evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas na terceirização.....	101
5.3.3 Considerações sobre a divergência entre Supremo Tribunal Federal e justiça trabalhista.....	110
 6 CONCLUSÃO.....	 113
7 REFERÊNCIAS.....	117
8 LEIS CONSULTADAS.....	121

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro baseado na tradição romano-germânica, com prevalência da lei emanada do Poder Legislativo, aliás como todos os países que têm essa influência jurídica, vem sofrendo grande influxo da *common law*, cujo direito é baseado em precedentes judiciais.

A *common law* se formou ao longo do último milênio. Da Inglaterra se expandiu para as colônias britânicas e forma umas das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental. O aprimoramento dela se deu com o fortalecimento do poder dos juízes e a técnica de utilização de razões de decidir de casos anteriores para os futuros. Os precedentes avançaram para passar de persuasivos a vinculantes.

Isso traz garantia de isonomia e previsibilidade no julgamento dos casos concretos, além da segurança jurídica necessária para a garantia da sobrevivência de qualquer sistema jurídico. Mas esse mecanismo precisa ser bem aplicado, utilizando-se das técnicas adequadas para que o julgador não esteja engessado e venha a praticar injustiça.

A *common law* conseguiu consolidar esse sistema. Mesmo com variações, os países adeptos dessa tradição vêm aplicando satisfatoriamente os precedentes para entregar justiça aos casos apresentados. É claro que como todo sistema precisa se adaptar às transformações históricas e sociais que ocorrem, mas um sinal de que o modelo é satisfatório é sua expansão para os países da tradição da *civil law*, cuja fonte predominante sempre foi a lei.

O sistema de precedentes vinculantes tem se mostrado bastante eficiente em países com direito de tradição anglo-saxã e, em certa medida, em outros em que há um forte desenvolvimento desse sistema, como os casos de Peru e Colômbia. Todavia, no caso brasileiro, ainda incipiente, há a necessidade de um aprimoramento com vistas a se atingir seus relevantes objetivos.

Por outro lado, há uma inegável evolução da aplicação de precedentes no Brasil, que vai desde a introdução do modelo concentrado de constitucionalidade em 1965, passando pela Reforma do Judiciário em 2004, culminando com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Entre esses precedentes há os de nível constitucional, emanados do Supremo Tribunal Federal, que vinculam os demais órgãos judiciais e a Administração Pública, em busca de segurança jurídica, isonomia e eficiência do Poder Judiciário.

Ocorre que essas decisões constitucionais vinculantes, apesar dos importantes objetivos, são questionadas pela alegada ilegitimidade do Poder Judiciário em criar direitos em um sistema tradicional de *Civil Law*, bem como por impor amarras aos órgãos jurisdicionais inferiores, dentre outros argumentos contrários.

Assim, muitas questões chamam atenção nesse debate, entre elas, o que nos interessa aqui abordar são: o que são precedentes constitucionais vinculantes? Quem está vinculado a eles? Como identificar as razões de decidir de um precedente e diferenciá-las dos *obiter dicta*? Os precedentes são imutáveis? Eles causam o engessamento da Justiça? O que atrapalha sua fiel aplicação?

Além disso, mesmo dentro do Poder Judiciário, os precedentes esbarram em obstáculos para sua efetiva aplicação. Até mesmo decisões constitucionais vinculantes proferidas pela Corte Suprema encontram dificuldade em serem respeitadas, causando um sem-número de recursos e até reclamações.

Pergunta-se: qual motivo para a reiterada e persistente desobediência da justiça ordinária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive decorrente de decisões vinculantes como são os julgamentos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e dos recursos extraordinários com repercussão geral?

A pesquisa traz reflexões para facilitar a busca de respostas a essas questões baseadas no atual modelo de precedentes constitucionais vinculantes adotados no Brasil, a partir de estudos teóricos realizados por renomados juristas, além da análise da legislação e de casos judiciais.

A escolha do tema partiu do importante e necessário debate que há que se fazer em torno dos precedentes judiciais vinculantes em um sistema tradicional de direito baseado na lei oriunda de representantes eleitos diretamente pelo povo, o Parlamento, o que leva a uma ausência de cultura de obediência a precedentes vinculantes emanados do Poder Judiciário.

O trabalho busca distinguir precedentes vinculantes de meramente persuasivos, identificar quais fatores contribuem para a dificuldade em identificar a *ratio decidendi* dos precedentes, analisar se há abusividade nos pronunciamentos *obiter dicta*; examinar as formas de alteração de precedentes; identificar quais são os precedentes no direito brasileiro; abordar questionamentos contrários sobre os precedentes; e estudar casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, buscando analisar o cenário brasileiro em relação aos precedentes constitucionais vinculantes e o problema que eles têm enfrentado em sua aplicação.

Muitos pesquisadores de renome vêm tratando do tema. Marina Abellán, por exemplo, aborda a questão do autopercedente; Francisco Llorente, a jurisdição constitucional como forma de criação do direito. Já Thomas Bustamante é crítico dos *obiter dicta* abusivos. André Ramos Tavares trata mais especificamente sobre a decisão constitucional vinculante. César Landa Arroyo analisa os precedentes constitucionais, com enfoque no exemplo peruano. Renato Gugliano defende uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais.

Com base nesses autores e outros mais como Michelle Taruffo, Renan Thamay, Vanderlei Garcia Júnior, Clóvis Frota Jr, Paulo Bonavides, Robert Alexy, Antonio Aurélio Viana, Georges Abboud, Estefânia Barboza, Patrícia Mello, Ravi Peixoto, Teori Zavascki e Luiz Guilherme Marinoni, traça-se um perfil do atual momento do direito brasileiro em relação aos precedentes constitucionais vinculantes e os problemas gerados em relação a sua aplicabilidade e à formação de um sistema brasileiro de precedentes.

A pesquisa traz um capítulo com conhecimentos necessários para se adentrar no estudo objeto dessa pesquisa, iniciando com o conceito apresentado pela doutrina, além de um esboço histórico sobre as duas principais tradições jurídicas do mundo ocidental: *common law* e *civil law*, com considerações sobre os precedentes em cada uma dessas tradições. No mesmo capítulo são tratadas *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e as técnicas da superação e distinção de precedentes.

No terceiro capítulo são abordados os atuais precedentes vinculantes do direito brasileiro, acrescido com inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, e o instituto da reclamação, ferramenta de grande importância para a garantia do respeito aos precedentes vinculantes.

O quarto capítulo trata dos questionamentos sobre os precedentes constitucionais vinculantes. São abordadas questões relativas às fontes do direito, à

independência de magistrados, à questão da legitimidade do Judiciário e o alcance da vinculação dos precedentes. A temática relativa à publicidade dos precedentes também é explanada.

No último capítulo são apresentados três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal: a Ação Declaratória de Constitucionalidade 4, que trata da concessão de liminar contra a Fazenda Pública; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232, que aborda a comprovação de pobreza para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 16 e o Recurso Extraordinário 760.931/DF – que cuidam da responsabilidade da administração pública pelos direitos trabalhistas na terceirização.

A partir da análise desses casos concretos é possível exemplificar como se tem trabalhado no direito brasileiro para a formação de um sistema de precedentes constitucionais vinculantes e quais barreiras devem ser ultrapassadas para uma aplicação adequada desse importante instituto, principalmente a resistência da justiça ordinária na aplicação dos precedentes constitucionais.

Ao final, são trazidas algumas conclusões e apontados alguns caminhos para o aprimoramento na formação dos precedentes constitucionais vinculantes e a busca de seu respeito e correta praticabilidade, requisitos necessários para que os relevantes objetivos buscados por esse sistema sejam atingidos.

2 NOÇÕES BÁSICAS

2.1 Conceito de precedentes

Precedente é, segundo Fredie Didier, *a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*¹. Marinoni o conceitua como *a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia deixando-a cristalina*².

Para Lênio Streck e Georges Abboud, *precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares*. Prosseguem afirmando que *não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”*. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da applicatio³.

O precedente tem como objetivo a previsibilidade e segurança jurídica para que o jurisdicionado, conhecedor de como se trata determinada questão, possa prever como será resolvido um processo com as mesmas características. Desse modo, o precedente responde a um princípio de justiça inserido na tradição jurídica ocidental que tem como regra que casos semelhantes devem ser decididos aplicando a mesma norma jurídica⁴.

Thamay, Garcia Júnior e Clóvis Jr advertem que:

(...) a ideia de precedente não envolve, necessariamente, a de vinculação. Ou seja, o precedente deve ser havido como tal, ainda que não haja regra – explícita ou implícita – que imponha a sua observância pelo mesmo tribunal ou pelos órgãos inferiores. (...) até o século XIX não havia, na cultura jurídica inglesa, imposição quanto à observância dos precedentes judiciais. Esta só veio a surgir com a consagração da doutrina do *stare decisis*, dando nascimento à distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos, (...)

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, P. 505.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 216.

³ STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, P. 42.

⁴ ARROYO, Cesar Landa. *Los precedentes constitucionales: el caso del Perú, Cuestiones Constitucionales*, México, 2007, p. 213.

O respeito aos precedentes consolidou-se, naquela tradição jurídica, como um processo histórico, vinculado a razões políticas, culturais e psicológicas. (...) ⁵

Já os precedentes *vinculantes* são os pronunciamentos sobre questões de direito essenciais para o julgamento de um caso anterior (ou casos anteriores), geralmente julgados por cortes de hierarquia superior, que criam normas de observância obrigatória para os juízes que vierem a tratar de caso semelhante ⁶.

Entre os precedentes vinculantes, há os constitucionais, normalmente oriundos do órgão de cúpula, a Suprema Corte de um país ou do Tribunal Constitucional, e os outros precedentes, emanados dos demais tribunais. Neste trabalho, embora se aborde os precedentes vinculantes em geral para uma melhor compreensão do tema, se tratará, em específico, dos obstáculos que os precedentes constitucionais encontram, principalmente na relação entre justiça constitucional e justiça ordinária.

André Ramos Tavares ⁷, apresenta esclarecimentos terminológicos e conceituais sobre as decisões constitucionais vinculantes ou precedentes constitucionais. O doutrinador informa que a expressão pode se enquadrar em diversos modelos, devendo se buscar um centro comum entre todos. Para ele:

A expressão “decisão constitucional vinculante”, contudo, é capaz de albergar um sem-número de modelos diversos. Um denominador comum a todos é, certamente, a existência de decisões, adotadas por juízes constitucionais, especialmente por tribunais constitucionais ou tribunais de cúpula, acerca do conteúdo da Constituição e da constitucionalidade de certas leis, decisões que possuem a força da obrigatoriedade para diversos órgãos estatais, em especial para o Judiciário e para a Administração Pública e, em geral, para a própria sociedade. ⁸

Há diversidade de modelos entre os países que adotam os precedentes vinculantes. Essa variação se mostra mais evidente em relação aos países com sistema baseado no direito legislado, ou da *civil law*, caso do Brasil, em que o precedente não é fruto de uma

⁵ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Rennan. GARCIA JÚNIOR, Vanderlei, FROTA JR, Clóvis Smith. *Precedentes judiciais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pág. 62.

⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Obiter dicta abusivos*: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, Rev. GV, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018, p. 709.

⁷ TAVARES, André Ramos. *O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante*. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, n. p.

⁸ TAVARES, Op. Cit., n. p.

longa tradição, mas de normas constitucionais ou legais que criam o sistema interno de precedentes judiciais vinculantes baseados na história e no nível de discussão e aprimoramento acerca do papel da justiça constitucional e do Estado de Direito. Então, são os legisladores que ditaram as características do modelo de decisão constitucional vinculante nesses países.⁹

Além disso, alguns países adotam uma justiça constitucional concentrada e abstrata enquanto outros, uma descentralizada, sendo que neste último caso a obrigatoriedade se restringe às decisões do órgão jurisdicional de cúpula, isso porque o juízo constitucional vinculante é restrito, não admitindo descentralização. Desse modo, a diferença entre o primeiro caso, baseada no modelo de Hans Kelsen, e o segundo, de influência norte-americana, levará a diferenças em relação à compreensão do conceito de decisão constitucional vinculante¹⁰.

O marco teórico geral para se abordar a questão é, segundo André Ramos Tavares, o pensamento de Kelsen sobre justiça constitucional. Em seu célebre discurso na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, Kelsen defendeu que, embora não se possa pensar em soluções uniformes universais de jurisdição constitucional, é possível esquematizar condições de caráter geral¹¹.

Assim, as decisões constitucionais vinculantes estão baseadas no pressuposto de que o objetivo de todos os modelos desse tipo de decisões é o mesmo, qual seja, a unidade do direito, regra implícita da vedação de decisões constitucionais contraditórias, e fundamentado no Estado Constitucional de Direito tendo como órgão de tutela da Constituição a justiça constitucional¹².

Renato Herani assevera que a vinculatividade é essencial aos precedentes. Sem a força obrigatória não se alcança eficácia na jurisdição constitucional. Apesar de ser inegável essa ideia, por outro lado é de difícil implementação, visto que condicionada está *aos fatores reais do sistema de proteção da Constituição e do poder político que cada sociedade lhe outorga dentro da divisão das funções do Estado*¹³.

⁹ TAVARES, Op. Cit., n. p.

¹⁰ TAVARES, Op. Cit., n.p.

¹¹ TAVARES, Op. Cit., n. p.

¹² TAVARES, Op. Cit., n.p.

¹³ HERANI, Renato Gugliano. *Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais*. RBEC, n. 37, jan. abr., 2017, p. 44.

Nesse passo, observa-se uma abertura para a obrigatoriedade geral das decisões judiciais decorrente do consenso de que o efeito *erga omnes* e a força vinculante são necessárias para dar autoridade normativa à justiça constitucional com o fim desta assumir seu relevante papel na consolidação da democracia.¹⁴

André Ramos Tavares chama a atenção de que a ideia de precedente está ligada a casos concretos. Segundo ele,

Assim, será equivocado falar em precedente vinculante para representar decisões adotadas pela Justiça Constitucional de matriz kelseniana. Na realidade, a ideia de precedente liga-se, fortemente, à discussão de casos concretos. E todo precedente, nesse sentido tradicional, é vinculante, nos termos apresentados. Ao contrário, na Justiça Constitucional abstrata, a decisão é, necessariamente, vinculante para o futuro, para todos, pois o processo não apresenta partes no sentido processual tradicional. Ademais, é a própria decisão (inconstitucionalidade/constitucionalidade) que, primariamente, apresenta a nota de vinculante, para além de seus fundamentos ou raciocínios utilizados.¹⁵

É importante, por fim, diferenciar precedente de jurisprudência. Segundo Abellán, *precedente* é uma regra de decisão em um caso particular suscetível de ser universalizada; o que se chama *jurisprudência*, por sua vez, é um conjunto de pronunciamentos sobre a interpretação correta de um preceito legal proveniente de uma multiplicidade de decisões¹⁶.

Nessa linha, Donizetti entende que precedente é *uma regra universal passível de ser observada em outras situações* enquanto o termo jurisprudência é *utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais*.¹⁷

¹⁴ HERANI, Op. Cit., p. 44.

¹⁵ TAVARES, Op. Cit. n. p.

¹⁶ ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. *Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo*. Teoría jurídica contemporánea, jul. dez., 2016, p. 265.

¹⁷ DONIZETTI, Elpidio. *Curso de Direito Processual Civil*. 25. Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2002, p. 1191.

O precedente judicial vem ganhando força no direito brasileiro, principalmente após a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015. Outros países da América Latina também têm avançado com a aplicação desse instituto.

Mas esse sistema de precedentes que se vem formando em países de ordenamentos jurídicos com influência do direito romano-germânico tem diversas particularidades decorrentes das diferenças entre *civil law* e *common law*. Para se ter uma melhor compreensão desse fenômeno importante conhecer suas origens, que se deram no direito inglês. É o que se verá no próximo tópico.

2.2 Precedentes na *common law*

A *common law* vem se formando ao longo de mais de dez séculos e se expandiu para as colônias inglesas, principalmente para o direito norte-americano. Essa evolução através dos tempos apresenta traços característicos importantes para se entender o precedente judicial como de grande importância para a concretização do princípio da isonomia e da segurança jurídica, corolários de um estado democrático de direito.

Aqui é necessário fazer um registro. Neste trabalho adota-se o entendimento de que *common law* e *civil law* são as duas grandes tradições jurídicas do ocidente¹⁸.

Para René David há três tradições: *common law*, *civil law* e direito socialista, mas destaca que *esses grupos de direitos, porém, qualquer que seja o seu valor e qualquer que possa ter sido a sua expansão, longe estão de dar conta de toda a realidade do mundo contemporâneo*¹⁹. Patrick Glenn classifica os grupos em sete tradições mundiais: canônica, talmúdica; *civil law*; islâmica, *common law*, hindu e asiática²⁰.

Merryman e Pérez Mordomo defendem que *common law* e *civil law* não são dois sistemas, ou seja, o *conjunto de instituições, processos e normas vigentes*. São, em verdade, tradições jurídicas, o *conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente*

¹⁸ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., pág. 32.

¹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25.

²⁰ “Chantonical legal tradition, talmudic legal tradition; civil law tradition; islamic legal tradition, common law tradition, hindu legal tradition e asian legal tradition”. GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 20, *apud* THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 32.

*enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política*²¹. Segue esse entendimento Streck e Abboud, para quem,

A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural²².

Partindo-se dessa compreensão, aborda-se a seguir a evolução da *common law* e da *civil law*, bem como a formação dos precedentes judiciais no seio de cada uma dessas tradições.

2.2.1 A busca por fontes do direito alternativas à lei

A lei existe para contrabalançar interesses, individuais e sociais, afetados de modo diferente por condutas morais, com prevalência do interesse comum à coletividade, o que por vezes, pode sua aplicação causar injustiça. Então, o direito, desde a Grécia antiga, buscou outros instrumentos para contrabalançar essa tábua rígida. Encontrou-se, primeiramente, na *equidade* esse fator de mitigação dos rigores da norma, além de funcionar ainda como fonte subsidiária para suprir omissões da lei²³.

A introdução de valores éticos na lei pela equidade estimula o aplicador das normas legais à procura da justiça em sua decisão. A equidade está presente na maioria das civilizações antigas e o fato de ainda continuar presente em culturas modernas demonstra a

²¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009. p. 21-23

²² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

²³ ABREU, Iduna Weinert. *Da equidade: estudo de direito positivo comparado*. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 60, p. 215-232, out./dez. 1978. p. 216. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181086>> Acesso em 23/02/2023.

constante preocupação da humanidade com a realização da justiça. O conteúdo da equidade está representado por convicções fundamentais consubstanciados nos reclamos da natureza humana pelos propósitos da conduta social, vinculados à observância dos direitos naturais, oriundos de uma ordem superior e anterior ao direito positivo²⁴.

Equidade não se confunde com o justo legal. No livro *Moral a Nicômaco*, Aristóteles pondera que a lei, embora geral, se aplica a casos particulares, causando omissões. Isso ocorre não porque a lei não é boa, ou o legislador está em falta, mas decorre da própria natureza das coisas, pela sua condição prática e dinâmica²⁵.

Além de Aristóteles, também Heródoto, os sofistas e Platão, registraram a preponderância que ocorria, no direito grego antigo, da *epieikeia* (equidade) sobre a lei, com o objetivo de prevenir atrasos da lei sobre fatos sociais ou de corrigir os excessos da norma²⁶.

Isso mostra que a instituição da lei trouxe diversos benefícios à sociedade, como a previsão das consequências de atos e fatos da vida social, bem como disciplinou diversas matérias garantindo direitos e elencando deveres para o bom convívio humano. No entanto, sempre foi necessária a busca de outras fontes, ferramentas, mecanismos ou instrumentos que pudessem garantir isonomia, segurança e previsibilidade considerando o dinamismo das relações sociais.

Para Miguel Reale, *fonte do direito* são as *fontes de regras obrigatórias*, dotadas de *vigência* e *eficácia*. Para que elas existam necessário se faz a existência de um *poder* com capacidade de apresentar o conteúdo e exigir o cumprimento. Desse modo, toda fonte do direito implica uma *estrutura normativa de poder*. Baseado nesse conceito, Reale conclui que existem quatro fontes do direito visto que há quatro formas de poder:

o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade.²⁷

²⁴ ABREU, Op. Cit., p. 216.

²⁵ ABREU, Op. Cit., p. 216.

²⁶ ABREU, Op. Cit., ps. 217/218.

²⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013, p. 168.

Não há uma primazia de uma determinada fonte do direito através dos tempos e lugares. A prevalência de uma forma de produção de normas depende de circunstâncias sociais e históricas, não havendo uniformidade entre os diversos modelos jurídicos adotados nos países. É possível, no entanto, distinguir duas tradições no mundo ocidental, a *romanística*, predominante nas nações latinas e germânicas, conhecida como *civil law*, e a anglo-americana, direito anglo-saxão, também chamada de *common law*²⁸.

Na tradição românica (*civil law*) há a prevalência do direito legislado, atribuindo-se valor secundário às demais fontes do direito²⁹. Por sua vez, na anglo-saxã o direito busca seu conteúdo mais na jurisprudência que nas leis. A *common law* é o direito comum a toda a Inglaterra³⁰.

2.2.2 Formação da *common law*

É importante fazer um esboço histórico para se conhecer a evolução do direito anglo-saxão na sua origem, o direito inglês, a fim de uma melhor compreensão do sistema de precedentes. A *common law* começou a se desenvolver na Inglaterra na segunda metade do século XI a partir da conquista normanda em 1066, momento a partir do qual houve a unificação do direito. Uma das características do direito inglês é a construção gradativa de institutos³¹.

René David faz um relato histórico do direito inglês, de onde surgiu a *common law* (*comune ley*)³². Essa expressão se refere ao direito aplicado pelas Cortes Reais em sobreposição ao direito costumeiro das jurisdições locais. Desde sua origem a *common law* se mostrou bastante pragmática, característica que a acompanhou durante os séculos. A razão da palavra *common* é porque o direito valia para todo o reino, cujos tribunais eram itinerantes³³.

Diversos fatores como o aumento da população, a reorganização dos Estados nacionais e a ascensão da burguesia, trouxeram grandes mudanças sociais ao direito inglês. A

²⁸ REALE, Op. Cit., pág. 168.

²⁹ REALE, Op. Cit., pág. 169.

³⁰ DAVID, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 357-359.

³¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

³² DAVID, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 357-359.

³³ VIANA, Op. Cit., p. 38.

implantação do feudalismo na Inglaterra levou à necessidade de um direito capaz de solucionar as novas demandas³⁴. Para esse fim, não se socorreu do direito romano, solução acolhida pelo continente europeu, mas da prática, em um entrelace entre os costumes e o direito³⁵.

O direito inglês praticado nas Cortes Reais era um conjunto de regras materiais e processuais, com prevalência dessas últimas, com o fim de levar o processo a sua conclusão, relegando o direito material a segundo plano³⁶. Desse modo, a *common law* era, nos dizeres de René David, *um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios*, com pouca preocupação com a justiça do caso concreto³⁷.

A *common law* se consolidou no final do século XII³⁸, mas no século seguinte enfrenta uma crise decorrente da derrota da Inglaterra para Felipe II, da França, acarretando uma mudança no cenário político. Em decorrência das divergências entre o rei João e os barões, em 1215 foi assinada a *Magna Carta Libertatum*, que trouxe limitações para o poder real. O diploma foi reeditado em 1225, cuja versão é a mais utilizada pelos juristas ingleses³⁹.

Com essa tensão, entrou em vigor as Provisões de Oxford, em 1258, proibindo a criação de novos *writs*⁴⁰. Por sua vez, o *Statute of Westminster II* retorna a permissão para novos *writs*, desde que estivesse diante de um caso similar ao anterior. O documento mostra uma busca de coerência empreendida pelo rei Eduardo I⁴¹.

O requisito exigido pelo *Statute of Westminster II* de exigir a presença de semelhança entre o caso presente e o *writ* é o início da técnica jurídica de cotejo de casos, mola propulsora da *common law* e responsável pela dinâmica de funcionamento desse modelo⁴². Daí a necessidade de compilação das sentenças, o que ocorreu por meio dos chamados *Year Books*, que contribui para aplicação natural da técnica. Com o passar do tempo as partes passam a

³⁴ VIANA, Op. Cit., p. 40.

³⁵ VIANA, Op. Cit., p. 39.

³⁶ DAVID, Os grandes..., Op. Cit., p. 364.

³⁷ DAVID, Os grandes..., Op. Cit., p. 365.

³⁸ VIANA, Op. Cit., p. 40.

³⁹ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Unb/Finatéc, 1ª reimpressão, 2011. p. 37-39, apud VIANA, Op. Cit., p. 41.

⁴⁰ Writ é a “denominação genérica, nos países anglofônicos, para os diversos institutos de garantia dos direitos coletivos”. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 652.

⁴¹ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 362, apud VIANA, Op. Cit., p. 40.

⁴² PAIXÃO, Cristiano; Op. Cit. p. 40, apud VIANA, Op. Cit., p. 42.

invocar princípios utilizados em casos passados e os julgadores se encontravam na obrigação de analisá-los⁴³.

O formalismo exagerado da *common law* fez surgir a *equity*. Esta se desenvolveu a partir do momento em que ficou aparente as deficiências da *common law*⁴⁴. Assim, surge a possibilidade de um recurso direto ao rei, que poderia fazer uma obra de caridade. O rei era considerado fonte de justiça e como tal não poderia permitir a injustiça em seu reino, podendo até mesmo aplicar a moral no lugar do estrito direito. Nem todos os recursos eram direcionados ao rei, mas ao Chanceler (funcionário da Coroa), cujas decisões formaram as regras de equidade⁴⁵.

Esse cenário trouxe dualidade ao direito inglês. De um lado a *common law* aplicada pelos Tribunais Reais de Westminster, por outro as soluções de *equity* do Tribunal da Chancelaria, tornando o Chanceler uma espécie de pretor romano, a quem cabia a missão de corrigir as falhas da *common law*, causando desgaste a este modelo. A *common law*, então, vive momento de estagnação, inclusive com o fim dos *Year Books*, em 1535, que desempenharam papel importante na história dessa tradição⁴⁶.

Coube a doutrina reanimar a *common law*. Edward Coke, em 1628, apresentou uma proposta de organização do direito inglês por meio dos seus *Institutes of the laws of England*. A proposta foi tão bem aceita que os julgadores passaram a não recorrer mais a outras fontes⁴⁷. Outra obra que contribuiu para o refortalecimento do modelo da *common law* foram os *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, datados de 1765 a 1769⁴⁸.

A consolidação da *common law* deveu-se a uma diversidade de fatores, principalmente de natureza congênita⁴⁹, mas não se pode negar a grande contribuição de Edward Coke. Este jurista além de ser o autor da memorável obra de compilação de casos, inicia o debate praticado pela *common law* até os dias atuais, chegando a afirmar “explicitamente, ser atribuição do *common law*, por meio dos juízes, controlar os atos do Parlamento e, se esses

⁴³ DAVID, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 365.

⁴⁴ DAVID, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 370-371.

⁴⁵ DAVID, *O direito...*, Op. Cit., 1997. p. 362, *apud* VIANA, Op. Cit., p. 45.

⁴⁶ DAVID, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 374-375.

⁴⁷ VIANA, Op. Cit., p. 48.

⁴⁸ VIANA, Op. Cit., p. 49.

⁴⁹ VIANA, Op. Cit., p. 49.

últimos fossem contrários à *common law*, deveriam ser declarados nulos”⁵⁰. Ele prenuncia, assim, um discurso em favor dos precedentes e do poder exercido pelos juízes⁵¹.

Desse modo, a *common law* tem como tradição ter o juiz como papel central na produção do direito. Esse modelo se desenvolveu considerando a ideia de que as decisões anteriores representavam o direito e deviam ser paradigmas para decisões posteriores.⁵² Não se concebe, no entanto, que um sistema seja totalmente jurisprudencial, nem, por outro lado, que seja unicamente legalista, sendo necessária a análise do caso à luz da lei no primeiro caso, e observadas as decisões anteriores sobre a mesma matéria, no segundo⁵³.

Desse modo, atualmente, se observa uma reaproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*, havendo uma evolução da figura do juiz e o aumento da importância da jurisprudência na primeira, bem como uma maior observação da lei na segunda⁵⁴.

2.2.3 *Stare decisis* e precedente

Embora se julgasse com base em decisões passadas desde a Idade Média, foi na primeira metade do século XIX que surgiu na Inglaterra a regra do precedente (*rule of precedente*). Com a *rule of precedente*, as cortes inferiores passaram a seguir os precedentes das superiores numa vinculação vertical. Depois disso, com a doutrina da *stare decisis* se passou a uma vinculação também horizontal⁵⁵. O termo precedente, no entanto, foi utilizado pela primeira vez em 1557⁵⁶.

No direito anglo-saxão (*common law*), como se viu, o direito é criação do trabalho dos tribunais, por meio de decisões. Essas decisões quando se repetem em um mesmo sentido vinculam os julgadores em processos futuros, isso é a *stare decisis*. Passa-se, então, a existir um precedente judicial com efeitos normativos fundado em casos concretos. Esses

⁵⁰ PAIXÃO, Op. Cit., p. 67, *apud* VIANA, Op. Cit., p. 50.

⁵¹ VIANA, Op. Cit., p. 50.

⁵² THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 25.

⁵³ MARINONI, *Precedentes...*, Op. Cit., p. 11.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014., p. 52.

⁵⁵ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 35.

⁵⁶ VIANA, Op. Cit., p. 42.

precedentes, com caráter vinculante, se tornam, então, fonte do direito, com diferente grau de intensidade⁵⁷.

Tocci ensina que a doutrina da *stare decisis et quia non movere* (“mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”) constitui a essência do sistema jurídico da *common law*, adotado primeiramente pela Inglaterra, depois por suas colônias, Estados Unidos, Canadá, Austrália e outros países asiáticos⁵⁸. O precedente pode ser visto como um produto da *common law*⁵⁹.

Nessa linha pode-se afirmar que *stare decisis* corresponde ao sistema da força vinculante dos precedentes. Parte dele a ideia de que os tribunais se encontram obrigados pelos seus próprios precedentes, quando ocorre o *stare decisis horizontal*. À vinculação dos órgãos judiciais inferiores aos precedentes emanados das cortes superiores dá-se o nome de *stare decisis vertical*⁶⁰.

Uma característica marcante da aplicação do precedente na *common law* é a análise dos fatos. Pelo menos 90% (noventa por cento) da motivação das decisões da Corte Suprema inglesa consiste na análise se o caso em questão é semelhante ao caso anterior, já que casos idênticos não existem. Assim, a lei conta pouco na aplicação do precedente, sendo os fatos em todas as instâncias que fundamentam o que o julgador decide⁶¹.

O sistema inglês tem um compromisso maior com o direito consuetudinário (*common law*) enquanto nos Estados Unidos se verifica mais presente a *stare decisis*, sem um comprometimento mais afinado com o direito dos antepassados. A teoria da *stare decisis* (força obrigatória dos precedentes) é relativamente nova ao passo em que a *common law* é uma tradição que vem sendo formada desde a Idade Média⁶².

Para Llorente o direito norte-americano não é um sistema fechado de normas abstratas que guiam a conduta do cidadão, mas o juiz deve integrar e interpretar a norma para fornecer uma solução para a disputa. A regra é o julgador fundamentar sua decisão com a certeza do direito, vinculando suas decisões para o futuro pela regra que ele mesmo criou, bem

⁵⁷ ARROYO, Op. Cit., p. 213.

⁵⁸ TOCCI, María L. G. *Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Revista Jurídica UCES, 2014, p. 139-155, p. 141.

⁵⁹ VIANA, Op. Cit., p. 96.

⁶⁰ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1191.

⁶¹ VIANA, Op. Cit., p. 90.

⁶² DONIZETTI, Op. Cit., p. 1174.

como pelas normas que os demais juízes (normalmente as cortes, principalmente as superiores, até a Suprema) criaram, perfazendo um sistema aberto de regras específicas que dão direcionamento a solução de casos definidos⁶³.

Segundo Michele Taruffo, nos Estados Unidos os juízes não aplicam o precedente apenas por ser obrigatório, eles não se consideram vinculados ao precedente. O magistrado somente o aplica se entender que a conclusão é justa. Desse modo, a primeira coisa a se considerar quando se estuda o assunto é que o precedente não é absolutamente vinculante⁶⁴.

A tradição da *common law* faz com que os juízes, nos Estados Unidos, considerem precedentes vinculantes os julgados de casos com substratos de fatos e de direito semelhantes oriundos de Cortes Superiores. O ensino jurídico, inclusive, tem como base os estudos de casos. Nesses pontos, há diferenças com o direito brasileiro, no qual foram normas positivadas que elegeram tipos de precedentes como vinculantes e os tribunais têm conhecimento prévio dos julgamentos dos quais a decisão será obrigatória para os órgãos judiciários inferiores⁶⁵.

Cite-se como exemplo o direito do trabalho estadunidense onde há precedentes judiciais reconhecendo direitos renunciáveis e irrenunciáveis decorrentes de acordos coletivos, o que afasta a falsa ideia de que naquele ordenamento jurídico há prevalência do negociado sobre o legislado, embora não se deixe de reconhecer a existência de um viés contratualista, com prevalência das ideias de liberdade e autonomia da vontade⁶⁶.

Por outro lado, é bom registrar que a análise do direito de um país de tradição da *common law* envolve, necessariamente, a compreensão de contextos culturais e históricos em que certos casos foram decididos pelos tribunais, em particular a Suprema Corte. Acrescente-se a importância de se conhecer um pouco da história de cada país antes de se desincumbir da tarefa de compreender decisões e comparar ordenamentos jurídicos, visto que institutos jurídicos surgem e são moldados em contextos únicos⁶⁷.

⁶³ LLORENTE, F. R. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*. REDC, 1988, p. 14-15.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de civil law*. Revista Ius et Veritas, n. 45, dez., 2012, p. 89-90.

⁶⁵ FERNANDES, João Renda Leal. *O “mito EUA”: um país sem direitos trabalhistas?* 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Previdenciário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 19. Disponível em < <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/17621> > Acesso em 16/02/2023.

⁶⁶ FERNANDES, Op. Cit., p. 23.

⁶⁷ FERNANDES, Op. Cit., p. 24.

2.2.4 Função e aplicação dos precedentes na *common law*

A principal função do precedente no sistema anglo-americano é garantir a *igualdade* dos cidadãos perante a lei. Se houver observância do precedente, os casos semelhantes serão tratados da mesma maneira⁶⁸. Desse modo, o dever de cumprimento dos precedentes encontra amparo no respeito ao *princípio da isonomia* na aplicação da lei, que seria ferido se a resolução de casos semelhantes não fosse igual, ou, para não dizer pior, contraditória⁶⁹.

Existem outras funções como a segurança jurídica e a de evitar que litígios cheguem ao Judiciário. Com efeito, a previsibilidade de como a Justiça decidirá um caso é uma garantia ao cidadão, por outro lado induz a diminuição de demandas no Judiciário visto que se sabe, de antemão, qual será o desfecho⁷⁰.

Segue esse entendimento César Landa, para quem a *existência de um precedente se deve a um esforço para se buscar* previsibilidade e segurança jurídica, *uma vez que o jurisdicionado, sabendo como se resolve um determinado processo, poderá prever como será resolvido outro processo com as mesmas características*⁷¹.

A *common law* busca a previsibilidade, a cognoscibilidade e calculabilidade, corolários da segurança jurídica, a partir de casos concretos (*case law*). Esse processo obteve êxito, permitindo um grau satisfatório de segurança jurídica e de racionalidade à atuação do Judiciário inglês. Naturalmente, esse modelo foi expandido para as colônias inglesas, em um primeiro momento, e depois a outros países, como os de tradição da *civil law*⁷².

Nos dias atuais, são respeitados os precedentes tanto das cortes superiores quanto das inferiores, no entanto os das primeiras são normalmente vinculantes enquanto os das segundas são, geralmente, persuasivos. São aceitas, ainda, as técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*)⁷³, que serão tratadas à frente.

⁶⁸ VIANA, Op. Cit., p. 90-91.

⁶⁹ ARROYO, Op. Cit., p. 213.

⁷⁰ VIANA, Op. Cit., p. 90-91.

⁷¹ Tradução livre do trecho: “La existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características”. ARROYO, Cesar Landa. Op. Cit., p. 213.

⁷² THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 25.

⁷³ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 37.

Thamay, Garcia Júnior e Clóvis Jr advertem que *o precedente não possui o mesmo grau de estabilidade e não merece o mesmo nível de reverência em todos os países da common law*. Isso porque as ex-colônias britânicas, particularmente os Estados Unidos da América e a Austrália, tem suas particularidades considerando sua formação histórico-jurídica. Apesar disso, é possível concluir que o sistema de precedentes esteja bem estabelecido em países da *common law*⁷⁴.

2.3 Precedentes na *civil law*

2.3.1 A tradição da *civil law*

Embora seja conhecido como direito romano-germânico, a *civil law*, tradição com prevalência do direito legislado, não tem ligação apenas com o direito da Antiga Roma, pois muitas características têm como influência outras fontes⁷⁵ como o direito canônico, o direito comercial, as revoluções e a ciência do direito⁷⁶.

A Lei das XII Tábuas, supostamente publicada em 450 a.C. é o primeiro diploma que se tem notícia da tradição do direito regido pelas leis. Em 533 d.C. foi publicado em Constantinopla o *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, que influenciou sobremaneira o direito romano e era estudado nas universidades juntamente com o direito canônico. As leis bárbaras, por sua vez, foram editadas a partir do século V na maior parte do território ocupado pelos germanos⁷⁷.

Foi a partir do século XIII que se deu a sistematização e o estudo do direito com os glosadores e comentadores nas universidades. Foi aí que se separou direito de religião, com a criação do direito canônico, e passou-se a enxergar no direito um instrumento importante para a segurança indispensável ao desenvolvimento do comércio e das cidades⁷⁸.

As universidades passaram a estudar o direito romano como expressão da Justiça, com forte influência até o século XX, quando passaram a surgir as codificações nacionais. Nas universidades estudava-se além do direito romano, outras fontes como o direito

⁷⁴ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 38.

⁷⁵ DAVI, *Os grandes...*, Op. Cit., p. 25.

⁷⁶ BARBOZA, Op. Cit, p. 24.

⁷⁷ BARBOZA, Op. Cit, p. 25.

⁷⁸ DAVI, *Os grandes...*, Op. cit., p. 27-34.

costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glosas e os comentários, o que formava o *ius commune*.⁷⁹.

John Glissen informa que esse direito teórico e erudito desenvolvido pelas universidades era mais próximo do direito romano que do direito local e tinha as seguintes vantagens: a) tratava-se de um direito *escrito*, em oposição ao direito costumeiro predominante à época, trazendo mais segurança e certeza; b) *comum* a todos, o *ius commune* da Europa continental; c) *mais completo*, passando a ser supletivo aos direitos locais; e d) *mais evoluído*, visto que oriundo de uma sociedade mais desenvolvida⁸⁰.

Essas características colaboraram para a unificação da cultura jurídica europeia, fonte de inspiração dos juristas. O direito romano utilizava de uma terminologia comum, com regras abstratas e gerais e adoção do princípio da justiça e a preponderância da lei como fonte do direito⁸¹. Com o Renascimento formou-se na Europa continental o entendimento de que “[...] só o direito pode[ria] assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso”⁸².

René David informa que a tradição da *civil law* se formou:

[...] graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos⁸³.

O direito de tradição romano-germânica foi fortemente influenciado pelas revoluções americana e francesa da segunda metade do século XVIII e pelas revoluções de independência na América Latina na primeira metade do século XIX. Foi um momento de efervescência intelectual com um novo pensar sobre humanidade, sociedade, economia e

⁷⁹ DAVI, *Os grandes...*, Op. cit., p. 27-34.

⁸⁰ GLISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 5. ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 203-204, *apud* BARBOZA, Op. Cit., p. 25.

⁸¹ GLISSEN, Op. Cit, p. 204, *apud* BARBOZA, Op. Cit., p. 25.

⁸² DAVI, *Os grandes...*, Op. cit., p. 39.

⁸³ DAVI, *Os grandes...*, Op. cit., p. 39.

Estado, que alterou o direito público, a forma de administração e organização do sistema jurídico e as regras de direito material e processual⁸⁴.

Nesse período houve uma valorização do direito natural e da razão, fortalecendo o entendimento de que os seres humanos são iguais e tem certos direitos naturais como a propriedade, a liberdade e a vida. A função do Estado passa a ser de reconhecer e proteger esses direitos e assegurar a igualdade entre as pessoas⁸⁵.

A eclosão da Revolução Francesa trouxe as seguintes transformações: o centro do poder passou a ser o povo, a classe dominante passou a ser a burguesia e o poder passou a ser dividido em três funções⁸⁶. Houve imposição de limites, por exemplo, na França, ao Poder Judiciário, tradicional tomador de decisões contrárias ao cidadão e favoráveis ao rei⁸⁷. O juiz virou a “boca da lei”. Robespierre chegou a dizer que “a palavra jurisprudência deve[ria] ser apagada da nossa língua”⁸⁸.

A forte influência da razão no pensamento dessa época valorizou a liberdade individual com ênfase na proteção da propriedade privada e na liberdade contratual. O fortalecimento do Estado levou ao nacionalismo com um sistema legal nacional dando unidade à cultura local. Desse modo as revoluções burguesas do século XVIII trouxeram transformações ao direito de tradição romano-germânica principalmente em relação aos direitos naturais da pessoa, à separação dos poderes, ao racionalismo, ao antifeudalismo, ao liberalismo burguês, ao estadismo e ao nacionalismo⁸⁹.

Na Europa continental o *ius commune* e o direito canônico perderam espaço, passando o Estado a ser a única fonte do direito. A ideia de várias fontes do direito é superada para se ter um único diploma legislativo completo e de valor geral. O Código representou tanto a compilação das regras quanto a revogação do direito preexistente, o que garantia ao juiz ter nele a resposta às demandas. O Poder Judiciário, fica, então, limitado pela lei, emanada do Legislativo⁹⁰.

⁸⁴ BARBOZA, Op. Cit., p. 25.

⁸⁵ BARBOZA, Op. Cit., p. 25

⁸⁶ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 40.

⁸⁷ BARBOZA, Op. Cit., p. 26.

⁸⁸ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 40.

⁸⁹ BARBOZA, Op. Cit., p. 26.

⁹⁰ BARBOZA, Op. Cit., p. 26.

Thamay, Garcia Júnior e Clóvis Jr pontuam que o Código Civil napoleônico (1804) é um marco dessa fase, tendo servido de parâmetro para as codificações de vários outros países da *civil law*, na Europa e fora dela, ampliando os domínios da tradição romano-germânica⁹¹.

O Judiciário, então, desempenhava, na *civil law* tradicional, um papel menor, como mero operador do direito, realizando uma interpretação mecanicista da lei. Esse contexto explica as características assumidas pelos países com tradição jurídica baseada na *civil law*. A lei deveria ser clara, completa e coerente, assim deixaria o direito protegido do efeito criador dos juízes⁹². O Código prussiano de 1794 previa que “[...] em casos futuros, decisões antigas não devem ser levadas em consideração”⁹³.

Certeza e segurança jurídica, preocupações de qualquer sistema jurídico, tinham valor supremo na tradição romano-germânica, como um dogma, que somente seria alcançado por meio das leis, dos códigos, normas com conhecimento prévio da população. Ao julgador era vedado criar o direito por meio de decisões judiciais, justamente pela supremacia da certeza e previsibilidade.⁹⁴

Esse cenário deixou clara as diferenças entre *common law* e *civil law*. Como na *civil law* a fonte do direito é a lei e esta é emanada do Poder Legislativo, a doutrina da *stare decisis* em que uma decisão judicial serve de paradigma para decisões posteriores, predominante na *common law*, não fazia sentido⁹⁵.

Com efeito, na *civil law* o princípio da separação dos poderes tinha forma estrita, com decisões judiciais apenas aplicando a lei já existente, não havia a previsão de decisões judiciais, nem mesmo as advindas de cortes superiores, como fonte do direito nem servindo de norma para decisões futuras.⁹⁶

A previsibilidade, a cognoscibilidade e a calculabilidade indispensáveis à segurança jurídica seriam alcançadas, na tradição da *civil law*, com a estrita aplicação da lei, enquanto na tradição da *common law*, esses objetivos eram perseguidos por meio de precedentes

⁹¹ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 46.

⁹² BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

⁹³ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 46.

⁹⁴ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

⁹⁵ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

⁹⁶ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

com base na construção do direito por meio de decisões judiciais. O fim é o mesmo com diferentes caminhos para alcançá-lo.⁹⁷

Uma outra grande diferença entre as duas tradições é a concepção de igualdade. Na *common law* a igualdade material era buscada na lógica da aplicação de mesmas decisões em casos semelhantes enquanto na *civil law* o importante era a igualdade formal perante a lei, o que era garantido pela aplicação da lei pelo juiz. Não havia, portanto, na *civil law* a preocupação de aplicar a mesma decisão a casos semelhantes⁹⁸.

O constitucionalismo moderno trouxe transformações profundas no direito aplicado nos países de tradição romano-germânica. Com o reconhecimento da supremacia da constituição e a ênfase aos direitos fundamentais, enfraqueceu-se o Poder Legislativo com a vedação de mudança da carta maior pelo processo legislativo ordinário, bem como fortaleceu-se o Judiciário com o poder de anular leis inconstitucionais emanadas do Parlamento⁹⁹.

A tradição romano-germânica, atualmente, é predominante na maioria dos países europeus, na América Latina e em grande parte da Ásia e África, existindo, inclusive, em algumas partes de países com tradição da *common law* como, por exemplo, no Quebec, pertencente ao Canadá, e no estado da Louisiana, nos Estados Unidos¹⁰⁰.

Desse modo, verifica-se que as duas grandes tradições jurídicas ocidentais tiveram contextos históricos diferenciados. Na *civil law* se destaca a codificação e o julgamento conforme a lei (*judge-made-law*), buscando-se a completude do direito e a segurança jurídica, limitando-se o papel do Poder Judiciário. Já a *common law* se desenvolveu com as decisões judiciais, limitando-se a atuação do juiz não pela lei, mas por um sistema de precedentes vinculantes¹⁰¹.

Sem embargo dessa formação histórica diferente não se pode negar que a partir da segunda metade do século XX essas duas tradições jurídicas começaram a se aproximar especialmente em razão de dois movimentos, a Revolução dos Direitos Humanos e a Judicialização da Política. A supremacia dada aos direitos fundamentais no primeiro e a

⁹⁷ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 46.

⁹⁸ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

⁹⁹ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

¹⁰⁰ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

¹⁰¹ BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

transferência da tomada de decisões políticas para os tribunais no segundo levaram ao aumento da importância do *judicial review* nos países das duas tradições.¹⁰²

Donizetti pondera que:

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas etc.) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas as razões por que os dois sistemas se aproximam. Os países de cultura anglo-saxônica cada vez mais legislam por intermédio da lei e, em contrapartida, os países de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais¹⁰³.

Assim, o distanciamento entre os dois sistemas, *civil law* e *common law*, tem, com o tempo, e por força da implementação de novos mecanismos e institutos, sido atenuando. Com efeito, tem-se visto uma aproximação entre eles. A jurisprudência apresenta um papel mais ativo no direito legislado enquanto a lei ganha força no direito costumeiro.¹⁰⁴

Trata-se de uma reaproximação porque no início de sua formação não eram tão diferentes assim, foram moldadas principalmente pelos movimentos históricos relatados, mas sempre sofreram influência recíprocas. Nos países da *common law* o direito legislado vem ganhando força, havendo ramos inteiros do direito inglês e estadunidense baseados na lei escrita. Por sua vez, nos países de tradição da *civil law* tem-se observado a consolidação da importância dos precedentes judiciais com a implementação de regras de vinculação a esses precedentes¹⁰⁵.

¹⁰² BARBOZA, Op. Cit., p. 27.

¹⁰³ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1172.

¹⁰⁴ TAVARES, Op. Cit. n. p.

¹⁰⁵ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 48.

2.3.2 Precedentes na *civil law*

Ao contrário do que se pensava nos países de tradição da *civil law*, o exitoso processo de respeito aos precedentes judiciais ocorrido na *common law* alcançou um grau satisfatório de segurança jurídica além de conferir alto grau de racionalidade à atuação dos juízes ingleses. Por essa razão, esse modelo foi levado, inicialmente, às colônias britânicas, e depois a outros países, inclusive àqueles adotantes da tradição da *civil law*¹⁰⁶.

O caso brasileiro, apesar da aproximação com o sistema anglo-saxão de forte influência jurisprudencial, em que cada vez há mais precedentes vinculantes no ordenamento jurídico, mormente após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, não tem cultura de obediência a precedentes judiciais vinculantes. Para Renato Herani, o Brasil tem temperamento judicial baixo de criação de um estatuto dos precedentes. Apenas a título de comparação, ele classifica países como Peru e Colômbia como tendo temperamento intenso e intensíssimo, respectivamente, de criação de precedentes¹⁰⁷.

Há um movimento mundial no sentido de reconhecer força aos precedentes judiciais baseados na ideia de que os precedentes são relevantes para a fundamentação de uma decisão judicial. Esse movimento está relacionado com a mudança no papel dos precedentes, antes somente persuasivos, agora vinculantes, exigindo do julgador que não o aplica em casos semelhantes a exposição de motivos para tal. Os precedentes ganham, em países com direito da tradição romano-germânica, a força que sempre tiveram na *common law*¹⁰⁸.

Inicialmente esses países passaram à uniformização da jurisprudência. Depois, houve a adoção de instrumentos de controle abstrato da constitucionalidade das normas, passando-se a ter a vinculação dessas decisões, com o objetivo de se ter na *civil law* um controle concentrado aos moldes do *judicial review* que a *common law* alcançou com o *stare decisis*. Por fim, chegou-se ao ponto da vinculatividade atingir precedentes não constitucionais, como no caso brasileiro¹⁰⁹.

¹⁰⁶ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 48.

¹⁰⁷ HERANI, Op. Cit., p. 50. Para aprofundar estudos sobre o sistema de precedentes peruano: ARROYO, Op. Cit., *passim*.

¹⁰⁸ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 49.

¹⁰⁹ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 50.

Nessa linha, Marinoni defende não haver dúvidas de que o papel do atual juiz de países da *civil law*, principalmente do juiz brasileiro, a quem foi outorgado o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto se aproxima bastante da função exercida pelo julgador de países da *common law*, notadamente do juiz norte-americano¹¹⁰.

Por outro lado, em razão da heterogeneidade dos países integrantes da *civil law*, esse movimento de adoção dos precedentes não se tem mostrado linear em todos eles. Alguns acolhem a eficácia vinculante dos precedentes apenas na jurisdição constitucional, enquanto outros são mais abrangentes. Em alguns a adoção dos precedentes tem lastro legal ao passo em que em outros decorre de construção jurisprudencial. Mas é certo que o mecanismo está em evolução¹¹¹.

O atual cenário nos países adeptos da *civil law* em que o papel do Judiciário não se limita à aplicação das leis, mas se configura em um poder criativo dos juízes, semelhante ao da *common law*, com prejuízo para a cognoscibilidade e à calculabilidade, a regra de obediência dos precedentes é extremamente necessária. Não tratar os precedentes como vinculantes pode levar a um aumento do arbítrio judicial¹¹².

2.4. *Ratio decidendi e obiter dictum*

A fundamentação está diretamente relacionada com a necessidade de o julgador apresentar as razões que lhe fizeram chegar ao convencimento contido na decisão. A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de sua sucumbência e, querendo, levar a questão à instância superior para análise, desde que combatidas aqueles motivos. Permite, ainda, ao órgão julgador do recurso avaliar o acerto ou desacerto da decisão¹¹³.

Desse modo, não é suficiente o convencimento do juiz, mas ele deve demonstrar as razões dessas convicções, permitindo o controle da atividade jurisdicional por qualquer pessoa, sendo essencial à legitimação da decisão. A fundamentação das decisões é

¹¹⁰ MARINONI, *Precedentes...*, Op. Cit., p. 6.

¹¹¹ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 50.

¹¹² THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 151.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 491.

dever do julgador e garantia constitucional nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição da República¹¹⁴.

No direito brasileiro, por ainda não ter um sistema de precedentes solidificado, não se pensa na fundamentação da decisão como material que pode levar a uma *ratio decidendi*. Na tradição da *common law* a fundamentação da decisão é dirigida aos jurisdicionados em geral, dando previsibilidade e estabilidade à ordem jurídica, enquanto na *civil law* ela tem uma importância geralmente menor, restrita às partes.¹¹⁵

Uma técnica jurídico-processual que se funda na importância dos precedentes é a da *extensão da eficácia vinculante*, para além do dispositivo, à *fundamentação*. A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se baseia na ideia de que os fundamentos também devem adquirir estabilidade, ser realçados e externados com força vinculante. Essa técnica é de extrema importância, por exemplo, para que a corte constitucional cumpra efetivamente seu papel¹¹⁶.

Sabendo-se da importância da fundamentação e da necessidade de se atribuir força vinculante a ela para estabilidade do direito, necessário indagar o que vincula, qual norma obrigatória é extraída dos precedentes. Para isso, é necessário o conhecimento de dois elementos muito importantes de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (razões de decidir) e o *obiter dictum*.

O uso adequado desses institutos (por quem os emite e por quem tem a obrigação de cumprir o precedente) é essencial para a segurança jurídica. Por outro lado, o seu mau uso causa problemas entre instância ordinária e constitucional, além de afetar o que o jurisdicionado espera da Justiça. Para Marinoni:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como

¹¹⁴ CRFB, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹¹⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, 491.

¹¹⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 491.

também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes, não necessárias nem suficientes à decisão do caso¹¹⁷.

André Ramos Tavares leciona que não é dispositivo da decisão que se torna precedente, mas os fundamentos e a razão de decidir é que deverão ser seguidos nas decisões seguintes, como paradigma, como diretriz do *decisum*¹¹⁸. Com efeito, a norma jurídica que fundamenta a decisão tomada são as razões de onde se estabelecem os princípios e regras jurídicas que se constituem a base da resolução da lide.

Um dos problemas que se encontra é determinar qual parte da decisão constitui a *ratio decidendi*, que é o que realmente obriga, diferenciando-a do *obiter dictum*, que é uma razão subsidiária que oferece reflexões para fundamentar a decisão, mas que não faz parte da norma obrigatória¹¹⁹. Essa diferenciação é imprescindível, segundo Arroyo Landa, para evitar confusão, de modo que o conteúdo e o escopo não sejam deixados à livre interpretação do órgão jurisdicional inferior¹²⁰.

A *ratio decidendi* está presente dentro da fundamentação. É da análise dela que se individualiza os fundamentos determinantes da decisão. O motivo determinante é aquela premissa sem a qual não se chegaria à decisão. Esse motivo, em razão de sua imprescindibilidade, constitui a *ratio decidendi*.¹²¹

A generalidade é um dos graves problemas da *ratio decidendi*. O objetivo do precedente é ser mais determinado que a norma legal, mas de todo modo não fugirá à interpretação. Quanto mais determinado for o precedente, menos liberdade terão os juízes e tribunais em sua aplicação; a contrário senso, sendo menos determinado, haverá maior liberdade. Não sendo precisas as razões de decidir, caberá aos juízes a interpretação, o que leva a novas discussões, o que causa a perda da função do precedente¹²².

¹¹⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 492.

¹¹⁸ TAVARES, Op. Cit., n. p.

¹¹⁹ ARROYO, Op. Cit., p. 218.

¹²⁰ ARROYO, Op. Cit. p. 218.

¹²¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 492.

¹²² MELLO, *O Supremo...*, Op. Cit., p. 47.

Essa dificuldade pode ser explicada, em parte, porque o texto é diferente da norma. Para Georg Gadamer interpretar sempre foi também aplicar, sendo a tarefa da interpretação a concretização da lei ao caso concreto. Desenvolvido durante a plena vigência das ideias de Gadamer e de Martin Heidegger, o *método normativo-estruturante* parte da premissa de que há uma implicação entre o programa normativo e o âmbito normativo, ou seja, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles regulam¹²³.

Discorrendo sobre a normatividade, a norma e o texto da norma, Friedrich Müller defende que a normatividade pertencente à norma não é produto do texto, mas de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento jurídico perante motivações empíricas, de fatores impossíveis de fixar no texto da norma¹²⁴.

Assim, prossegue Müller afirmando que não o teor literal de uma norma que efetivamente regulamenta o caso analisado, mas os sujeitos que elaboram, publicam e fundamentam a decisão é que providenciam sua implementação fática em conformidade com o fio condutor da norma, além de se utilizar de outros meios auxiliares para sua concretização¹²⁵.

Para Müller, isso comprova a não identidade entre texto e norma, a não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado pelo órgão competente. Reforça esse entendimento a qualidade jurídica do direito consuetudinário, a que não se põe em dúvida, apesar da ausência de norma positivada¹²⁶.

No âmbito do direito vigente a normatividade extraída das decisões não está orientada apenas pelo texto da norma, muito ao contrário, as decisões são elaboradas e aplicadas com colaboração de outros materiais legais, manuais didáticos, comentários, monografias, precedentes e subsídios do estudo comparado, que não são iguais aos textos da norma, algumas vezes até o transcendem, conclui Müller¹²⁷.

Desse modo, para Müller, o teor literal de qualquer texto do direito positivo é apenas *a ponta do iceberg*, sendo todo o restante, a parte mais significativa. O que o intérprete deve levar em consideração para aplicar o direito é a *parte normada*, na expressão de Miguel

¹²³ COELHO, Inocêncio Mártirez. Interpretação constitucional. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

¹²⁴ COELHO, Op. Cit., p. 50.

¹²⁵ COELHO, Op. Cit., p. 50.

¹²⁶ COELHO, Op. Cit., p. 50.

¹²⁷ COELHO, Op. Cit., p. 50.

Reale¹²⁸. Daí se depreende que o método normativo-estruturante defende a ausência de identidade entre a norma jurídica e o texto (programa normativo), devendo o intérprete se valer da realidade social (domínio normativo) para realizar a tarefa de extração do significado da norma¹²⁹.

Konrad Hesse reflete essa linha de pensamento quando afirma que a interpretação constitucional é concretização, é precisamente o que não aparece no texto, de forma clara, mas que deve ser determinado mediante análise da realidade, ainda mais quando o texto da norma é genérico, incompleto ou indeterminado. A norma precisa de concretização, juntando-se ao conteúdo normativo as peculiaridades concretas das relações sociais, sob pena de se fracassar na tarefa que o intérprete é chamado a solucionar¹³⁰.

Um outro ponto que não colabora para a facilidade de extração da *ratio decidendi* das decisões, aqui tratando do Supremo Tribunal Federal, é o fato de os Ministros, em alguns julgados, concordarem com o resultado, mas não deixarem claras suas razões, por vezes até mesmo contraditórias com os fundamentos apresentados pelo voto vencedor.

Na Reclamação n.º 1.987, por exemplo, abriu-se ensejo à afirmação da tese da transcendência dos motivos determinantes da decisão. A *eficácia transcendente da motivação* é aquela oriunda da fundamentação contida na análise de um caso cujas particularidades são similares às já decididas, necessitando das mesmas razões para solução das questões de direito. Conquanto não se negue que cada caso possui peculiaridades próprias, a substância é mesma, devendo ser aplicados os mesmos motivos determinantes de outro precedente¹³¹.

O reclamante alegou que o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT10) desrespeitou decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.662 ao determinar sequestro de verba do Distrito Federal para pagamento de precatório.

¹²⁸ COELHO, Op. Cit., p. 50.

¹²⁹ MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP), p. 42.

¹³⁰ COELHO, Op. Cit., p. 50.

¹³¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 493.

A ADI 1662 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n.º 11/1997 – Tribunal Superior do Trabalho – TST, que autorizava outras formas de sequestro além da prevista na Constituição. Ficou firmado o entendimento que a Emenda Constitucional n.º 30/2000 não alterou a sistemática dos sequestros no âmbito dos precatórios, decidindo-se que a Constituição somente o autoriza em caso de preterição do direito de preferência, não havendo outras hipóteses de incidência.

Ocorre que o Presidente do TRT10, para realizar o sequestro, não se fundou na IN 11/1997 – TST, mas na EC 30/2000. Nesse cenário a reclamação não poderia ser julgada procedente fundamentada na situação de o TRT10 ter desrespeitado a parte dispositiva do julgado na ação direta, mas em seus fundamentos determinantes. O STF se viu obrigado a decidir se os motivos determinantes constantes do julgamento da ADI 1662 teriam transcendência sob pena de se permitir que uma instância julgadora inferior desrespeitasse a decisão vinculante.

Após acirrada discussão entre os ministros, a reclamação foi julgada procedente, por maioria. Consta em trecho do acórdão na parte que aqui interessa:

Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.¹³²

O Ministro Carlos Velloso deixou consignado: *Não me oponho, Sr. Presidente, a esse efeito vinculante, que considero inerente à natureza da decisão proferida na ação direta. (...) Deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os*

¹³² STF, Rcl 1.987, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

seus fundamentos. O Ministro, embora tenha registrado que o efeito vinculante é inerente à natureza da ação direta, ressalta que esse efeito incide apenas sobre o dispositivo, não sobre os fundamentos¹³³.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que a atribuição de efeito vinculante à fundamentação seria equivalente a dizer que haveria coisa julgada em relação aos motivos determinantes. O Ministro Carlos Aires Brito proferiu seu voto acompanhando o relator, no entanto fez a ressalva de que fosse observado o limite objetivo da reclamação.

Essa falta de clareza nas razões determinantes causa um prejuízo ao aplicador, ao intérprete e à sociedade. Há muita complexidade para se extrair a *ratio decidendi* nesses casos. Ao se analisar o resultado da reclamação, julgada procedente, se imagina que o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da transcendência dos fundamentos da decisão em ação concentrada, mas isso valeu apenas àquele caso. Com efeito, em decisões posteriores, o STF reafirmou o entendimento de não acolhimento da tese¹³⁴.

Essa rejeição pelo Supremo Tribunal Federal, da eficácia transcendente da fundamentação em sede concentrada de controle de constitucionalidade, é mais uma barreira em busca da eficácia do sistema de precedentes. Países como Peru, Colômbia e Argentina tem praticado a vinculatividade da *ratio decidendi* como regra básica, mas a Corte Maior brasileira, por questões de economia processual, a fim de evitar um aumento no número de reclamações no tribunal, entende que apenas o dispositivo do julgado é obrigatório¹³⁵.

Para Renato Herani, a persistente resistência a essa evolução dificulta que se possa falar em uma doutrina brasileira de precedentes. O autor entende que continuará assim enquanto o Supremo Tribunal Federal tiver interesse maior no controle de demandas da Justiça Constitucional em detrimento da promoção dos objetivos buscados pelo uso de precedentes. E isso faz diferença tomando o precedente em uma dimensão procedimental, *inserido num modelo burocrático, autoritário e vertical da administração da justiça*¹³⁶.

Michele Taruffo chama atenção para esse desvirtuamento, alertando que quando se começa a pensar em precedentes não como um princípio de igualdade ou de

¹³³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 494.

¹³⁴ STF, Rcl 2.363, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005 e Rcl 2.475-AgRg/MG, Pleno, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 31.01.2008.

¹³⁵ HERANI, Op. Cit., p. 55.

¹³⁶ HERANI, Op. Cit., p. 55.

confiabilidade do sistema jurídico, mas principalmente como uma ferramenta de economia do sistema, valores originais são deixados de lado, focando-se em fator menos importante. Taruffo levanta a necessidade de se mudar de perspectiva em relação aos precedentes, atribuindo maior valor à isonomia e menos à sobrecarga de trabalho nos tribunais¹³⁷.

Os teóricos têm desenvolvido diversos trabalhos sobre os métodos de identificação do elemento vinculante de um precedente, no entanto o estudo do *obiter dictum* é pouco abordado. É o que afirma Thomas Bustamante. Segundo ele, o conceito de *obiter dictum* é determinado pela doutrina, normalmente, de modo negativo, ou seja, como o pronunciamento que não se constitui a *ratio decidendi* e, por isso, não tem caráter autoritativo¹³⁸.

O autor rechaça essa forma negativa de definir *obiter dictum*. Para ele os propósitos dos dois tipos de pronunciamentos judiciais são diferentes: a *ratio decidendi* é elemento necessário à uma decisão enquanto o *obiter dictum* ultrapassa o caso concreto, ele é geral. Mesmo que não seja um ato decisório, os *obiter dicta* são atos de fala judiciais, se caracterizando como um importante componente performativo, gerando consequências diversas no mundo jurídico¹³⁹.

Bustamante apresenta um conceito amplo de *obiter dictum*, entendido como

um pronunciamento público e oficial de uma autoridade ou órgão do Poder Judiciário, normalmente realizado no curso de um processo judicial, sobre uma questão jurídica controvertida, normalmente capaz de influenciar decisões jurídicas posteriores do Judiciário ou de outras instituições jurídicas e de gerar razões para novos argumentos jurídicos.¹⁴⁰

Ravi Peixoto aponta que *obiter dictum* são argumentos jurídicos apresentados de passagem para motivar a decisão. Eles revelam (a) juízos normativos acessórios, provisórios

¹³⁷ TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de civil law*. Revista Ius et Veritas, n. 45, dez., 2012, p. 89.

¹³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos*, Rev. GV, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018, p. 714. Neste texto, o autor trabalha uma classificação dos *obiter dicta* abusivos e apresenta exemplos de cada um, normalmente extraídos do STF.

¹³⁹ BUSTAMANTE. Op. Cit. p. 716.

¹⁴⁰ BUSTAMANTE. Op. Cit. p. 722.

e secundários; b) impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; c) opiniões jurídicas adicionais e paralelas¹⁴¹.

Como são argumentos acessórios para o deslinde da causa, os *obiter dicta* não podem ser utilizados com força vinculante¹⁴². Mas o que se tem visto não raramente é exatamente o contrário disso. André Roque chama a atenção de que *argumentos secundários, que constituem apenas obiter dictum, são alçados de uma hora para outra a ratio decidendi e aplicados sem maior reflexão a outros casos que não lhe diziam respeito*, sendo prejudiciais à formação de um sistema de precedentes¹⁴³.

Situação mais crítica é a que ocorre quando o Judiciário não está autorizado a se manifestar sobre determinado tema e o faz, causando o *obiter dictum* abusivo. Os membros do Poder Judiciário *não têm autoridade moral para se pronunciar* nos casos em que essas manifestações *geram efeitos sistêmicos indesejados e podem interferir em decisões* que o Poder Judiciário não tem legitimidade para tomar¹⁴⁴.

Bustamante alerta que *nesses casos, os juízes podem comprometer, de maneira autoritária, em vez de autoritativa, o funcionamento das outras instituições*¹⁴⁵. Exemplo de *obiter dictum* abusivo são os pronunciamentos que não são reforço argumentativo, mas uma tomada de posição explícita em tema sobre o qual sociedade está dividida e pendente de discussão em esferas políticas que detenham legitimidade para deliberar sobre a matéria, normalmente o Legislativo¹⁴⁶.

Quando julgadores trazem questão de direito que interfere em outro processo judicial específico, quando antecipam um julgamento; ou, ainda, quando vão além da interpretação do direito para ingressar em julgamentos pessoais não adequados ao caso concreto também ocorre o *obiter dictum* abusivo¹⁴⁷.

¹⁴¹ PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*. In: ARRUDA ALVIM, Thereza, et. al. (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 398.

¹⁴² DONIZETTI, Op. Cit., p. 1173.

¹⁴³ ROQUE, André Vasconcelos. *O dever de fundamentação analítica no novo CPC e a normatividade dos princípios*. In: ARRUDA ALVIM, Op. Cit., p. 31.

¹⁴⁴ BUSTAMANTE. Op. cit., p. 725.

¹⁴⁵ BUSTAMANTE. Op. cit., p. 725.

¹⁴⁶ BUSTAMANTE. Op. cit., *passim*

¹⁴⁷ BUSTAMANTE. Op. cit., *passim*.

2.5. Distinção e superação de precedentes

O precedente não é absoluto e eterno, devendo ser aplicado em futuros casos com estrita semelhança em atenção ao princípio da isonomia, do qual decorre tratar de modo igual quem está em situação idêntica. Ademais, ele deve ser aplicado enquanto se conformar com o direito e a justiça consoante a realidade social se apresenta.

Acaso haja na situação concreta diferenças capazes de afastar o precedente, este não deve ser aplicado. E, também, em razão do passar dos anos, pode-se verificar um erro nas razões de decidir ou que um precedente não é mais adequado para seu tempo. No primeiro caso, tem-se a distinção (*distinguishing*) de precedentes, no segundo, a superação (*overruling*).

Esses são instrumentos importantíssimos do qual o julgador deve fazer uso sempre que necessário a fim de evitar injustiças. A aplicação desses institutos demonstra que a justiça ordinária não está com sua liberdade aniquilada pelos precedentes vinculantes, e que devem, sempre que necessário, ser aplicadas a distinção ou a superação, buscando-se o aprimoramento do sistema e razoabilidade das decisões judiciais.

2.5.1 Distinção (*distinguishing*)

Quando no caso sob análise se observa que, embora se encontrem semelhanças entre o precedente e o caso em estudo, há a presença de diferenças importantes que impedem a aplicação do paradigma, nem se trata, a rigor, de uma superação do precedente. É uma técnica aplicada não pelo precedente ser injusto, mas por não se adequar ao caso concreto.¹⁴⁸

Com efeito, se os elementos necessários à aplicação do precedente não se repetem no litígio posterior, necessitam, portanto, de solução diferente. Por outro lado, não se pode negar o valioso instrumento que o *distinguishing* é, permitindo-se aos juízes e tribunais não seguir um precedente, que deveria ser seguido se não fosse observada a relevante distinção¹⁴⁹.

¹⁴⁸ PEIXOTO, Op. Cit., p. 645

¹⁴⁹ ABELLÁN, *Autoprecedente...*, Op. Cit., p. 247.

O *distinguishing* ocorre nos casos em que há situação de fato sutilmente diferente, porém essa diferença é relevante do ponto de vista jurídico, autorizando a não utilização do precedente no caso concreto. Essa diferenciação juridicamente relevante se dá quando há atração do debate sobre regras e princípios não aplicados na situação anterior¹⁵⁰. Nesse caso existem diferenças consideráveis entre o caso analisado e o paradigma, consistindo, na verdade, em casos parecidos, mas não semelhantes, reclamando soluções diferentes¹⁵¹.

A distinção, quando corretamente aplicada, não se traduz em desrespeito à jurisprudência, mas em aplicação hermenêutica correta, confrontando casos concretos posteriores que não se identificam com o do precedente, devendo ser analisado sob outros valores ou parâmetros. A técnica tanto preserva a racionalidade das decisões vinculantes anteriores quanto adiciona novos motivos diante de diferentes casos submetidos à análise jurisdicional.¹⁵²

A técnica da distinção pode ser utilizada tanto quando há a presença de uma circunstância relevante a mais, que torna o precedente inaplicável, como quando não se verifica no caso concreto a presença de um fato relevante imprescindível para a formação do precedente¹⁵³.

Nessas hipóteses se torna muito importante a fundamentação (art. 93, IX, da CF/88). É nela que o julgador deve identificar claramente quais questões entendeu como imprescindíveis para a solução do caso concreto, notadamente as teses jurídicas aplicadas¹⁵⁴. Por isso, a técnica do *distinguishing* demanda um grande desafio argumentativo¹⁵⁵.

Com efeito, há necessidade de sucesso na argumentação para que o precedente seja afastado. Isso se dá em razão de que nem toda particularidade é suficiente para implicar no afastamento do precedente. Algumas vezes, mais importante de que os fatos ocorridos são como eles são compreendidos e categorizados, o que depende da capacidade argumentativa dos sujeitos do processo.¹⁵⁶

¹⁵⁰ MELLO, O Supremo..., Op. Cit., p. 49-50.

¹⁵¹ ABELLÁN, Autoprecedente..., Op. Cit., p. 247.

¹⁵² FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 921.

¹⁵³ PEIXOTO, Op. Cit., p. 646.

¹⁵⁴ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1176.

¹⁵⁵ PEIXOTO, Op. Cit., p. 645.

¹⁵⁶ PEIXOTO, Op. Cit., p. 645.

Assim, embora dotados do atributo da vinculação, os precedentes não devem ser aplicados em qualquer situação. Isso porque há casos em que a situação fática não contém semelhanças, mas devem ser decididos com a mesma conclusão jurídica. Em outros, apesar da similitude, pode haver peculiaridades que os tornam diferentes na essência, exigindo solução diversa. Ao julgador cabe a *individualização do direito*, devendo se utilizar do *distinguishing*, sempre que necessário¹⁵⁷.

Diferente do que ocorre na revogação de precedentes, a diferenciação pode ser realizada por qualquer magistrado, não implicando questões relativas à competência, podendo o *distinguishing* ser utilizado por um juiz de primeira instância para não aplicar um precedente do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸.

No entanto, em muitas situações, as diferenças entre os casos não são suficientes para autorizar o afastamento do precedente e mesmo assim o julgador não aplica a decisão vinculante. É o que a doutrina tem chamado de *distinção inconsistente*¹⁵⁹.

Há, no caso, um afastamento indevido do precedente sem a presença de fatos e argumentos que justifiquem a diferenciação. Ela se aproxima mais da superação do que da distinção aplicada de modo adequado¹⁶⁰.

Ravi Peixoto esclarece:

A técnica da distinção é realizada nos casos em que existem a) fatos relevantes não abarcados pelo precedente ou b) que não há uma situação fática apta a preencher todo o suporte fático para a incidência do precedente. Quando ocorre a distinção inconsistente, tem-se uma deturpação da técnica da distinção, mediante um discurso da Corte de que há fatos relevantes que sustentam a criação de uma nova norma judicial, mesmo quando eles inexistem. Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado¹⁶¹.

¹⁵⁷ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1175.

¹⁵⁸ PEIXOTO, Op. Cit., p. 645

¹⁵⁹ PEIXOTO, Op. Cit., p. 651.

¹⁶⁰ PEIXOTO, Op. Cit., p. 651.

¹⁶¹ PEIXOTO, Op. Cit., p. 651.

As distinções inconsistentes são comuns quando um precedente vinculante firmado por uma corte superior é recebido pelas instâncias ordinárias como equivocado, aviltando o sentimento do que é justo à luz do direito, ou tem consequências indevidas ou insuportáveis. Nesses casos, muitas vezes juízes e cortes vinculadas forçam distinções entre o caso analisado e aquele em que proferida a decisão vinculante, a fim de se afastar da aplicação da solução que entendem inadequada¹⁶².

Quando as decisões com distinção inconsistente são produzidas em massa prejudica-se a previsibilidade do direito, a isonomia e a eficiência no funcionamento do sistema judicial, aumentando o número de recursos aos tribunais, efeito esse contrário ao esperado quando da edição de um precedente. Esse cenário causa uma pressão na corte superior para que essa se curve ao entendimento das instancias ordinárias, levando, muitas vezes, como se verá adiante, à superação total ou parcial do precedente¹⁶³.

Para Ravi Peixoto a *distinção inconsistente* não colabora para o desenvolvimento de um sistema de precedentes sólido no direito brasileiro visto que constitui uma errônea técnica violadora da integridade jurídica, levando a que situações semelhantes sejam tratadas de modo desigual e dificultando a delimitação de casos em que precedentes devem incidir¹⁶⁴.

Por outro lado, não se pode esquecer que cabe às cortes de onde derivam precedentes vinculantes estarem atentas à realidade social e aos reclamos do jurisdicionado, bem como à aplicação do direito pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Um precedente vinculante bem formado cumpre os relevantes objetivos buscados pelo direito enquanto uma decisão vinculante inadequada pode causar efeitos nefastos ao sistema de justiça.

A técnica da distinção é importante e necessária diante das rápidas mudanças das relações sociais e sua aplicação adequada é essencial para o aprimoramento do sistema, evitando injustiças, quando são percebidas e consideradas a incidência de diferenças substanciais aptas a afastar a aplicação do precedente invocado por qualquer sujeito do processo.

¹⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos. BAQUEIRO, Paula de Andrade. *Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal*. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. 17/07/2017. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615> > Acesso em 11/03/2022, págs. 675/676.

¹⁶³ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 676.

¹⁶⁴ PEIXOTO, Op. Cit., p. 655.

2.5.2 Superação (*overruling*)

O *overruling* é a superação de um precedente e se apresenta, segundo Patrícia Mello, quando este se mostra *socialmente incongruente*, não refletindo a compreensão social sobre o que é justo, ou quando é *sistematicamente inconsistente*, em conflito com outras normas ou decisões judiciais. Vê-se, portanto, que a sistemática dos precedentes não afasta a importância dos argumentos e do poder de convencimento dos juízes das instâncias inferiores¹⁶⁵.

Para Karl Larenz, o juiz não deve aceitar (...) cegamente o precedente. Ele não só tem a faculdade, mas a obrigação de não aplicar o precedente quando se chegar à convicção de que é uma interpretação incorreta, ou não suficientemente fundamentada, ou se a questão corretamente resolvida a seu tempo não o é mais em razão de mudanças normativas ou do ordenamento jurídico¹⁶⁶.

A superação de um precedente ocorre por diversos motivos como a modificação normativa subsequente, constitucional ou infraconstitucional; novo cenário político, econômico ou social, a reclamar revisão do precedente diante da realidade alterada; e até mesmo uma autocrítica da tese fixada a partir da análise de novos argumentos ou do reexame dos preexistentes¹⁶⁷.

Nesses casos o precedente é revogado ou superado. A decisão paradigma seria aplicada ao caso sob julgamento, mas em razão de um ou mais dos fatores listados acima, não há conveniência na permanência do precedente. Assim, o julgador deverá construir uma nova posição jurídica. É importante registrar que apenas o órgão emissor do precedente pode revogá-lo, desse modo uma decisão vinculante advinda do Supremo Tribunal Federal somente pode ser revogada por este mesmo tribunal¹⁶⁸.

Vale registrar que as mudanças de entendimento, principalmente as consignadas em precedentes vinculantes somente podem alcançar os processos em andamento,

¹⁶⁵ MELLO, O Supremo..., Op. Cit., p. 49-50.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 4ª ed. 1979, trad. cast. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 430. Apud ABELLÁN, *Autoprecedente...*, Op. Cit., p. 246.

¹⁶⁷ FUX, Op. Cit., p. 921.

¹⁶⁸ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1176.

mesmo que se desconsidere o momento da relação jurídica trazida ao Judiciário. Para os casos resguardados pela coisa julgada vale a regra da irretroatividade¹⁶⁹.

Há, no entanto, vozes que defendem que a superação de precedentes deve ter efeitos prospectivos (*prospective overruling*), atingindo apenas situações pós decisão visto que as anteriores foram praticadas com base na confiança no entendimento dos tribunais¹⁷⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927, trouxe regras sobre mudança de precedentes (*overruling*), prevendo a participação da sociedade civil nas discussões, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão e a apresentação de uma fundamentação *adequada e específica*, ou seja, deve-se atenção à *ratio decidendi*.

Vislumbra-se aí que o código elegeu o *contraditório* como valor-chave para o funcionamento do sistema de precedentes e de respeito à jurisprudência, oportunizando aos sujeitos do processo demonstrar distinção ou superação, além da preocupação com a *boa-fé objetiva* processual com a possibilidade de participação de *amicus curiae*, audiências públicas e amplo debate judicial¹⁷¹.

Com efeito, no § 2º do art. 927 consta que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver *modulação dos efeitos* dessa alteração para resguardo do interesse social e da segurança jurídica, é o que prevê o § 3º.

É a chamada técnica da superação de entendimento com efeitos prospectivos (*prospective overruling*) citada acima. A regra, já prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 que possibilita ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social,

¹⁶⁹ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1177.

¹⁷⁰ DONIZETTI, Op. Cit., p. 1177.

¹⁷¹ FUX, Op. Cit., p. 921.

restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A modulação dos efeitos nesses casos prestigia particulares e entes públicos que cumpriram o entendimento vigente até então. Consubstancia-se em uma tutela da confiança do administrado em face do Estado. Isso é importante para garantia da segurança jurídica já que se alguém se comporta de acordo com o entendimento que o Poder Público entendia como correto não pode ser prejudicado por mudanças de entendimento bruscas. A modulação, assim, é tanto possível como recomendável¹⁷².

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (CPC, art. 927, § 4º).

Nesse ponto o CPC positiva o entendimento da necessidade de fundamentação robusta que se adeque à nova realidade e analise detidamente as novas circunstâncias em respeito aos relevantes objetivos presentes na edição dos precedentes.

O *overruling*, assim, é de extrema importância em razão da dinâmica das relações sociais e deve ser utilizado sempre que necessário para se ajustar às novas demandas que a sociedade impõe. No entanto, deve ser utilizado com responsabilidade e com base no amadurecimento do debate das questões fáticas e teses jurídicas envolvidas.

¹⁷² FUX, Op. Cit., p. 921.

3. PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Há antecedentes históricos dos precedentes desde os primórdios do direito brasileiro visto que o país era colônia de Portugal e se submetia ao direito da metrópole no qual diversos institutos revelavam um respeito aos precedentes judiciais¹⁷³. Por sua vez, o controle difuso de constitucionalidade foi implementado a partir da primeira Constituição da República, de 1891¹⁷⁴.

No entanto, foi na Constituição de 1934 que se deu, de acordo com Zavascki, o primeiro passo substancial no sentido de se conferir vinculatividade às decisões judiciais com a previsão de competência do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que daria força de *stare decisis* aos precedentes, atribuindo força *erga omnes* aos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade¹⁷⁵.

Mais um passo e esse bastante incisivo foi a criação da representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, dando início ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil (CF/1946, art. 101, “k”, e 124, inc. XIII)¹⁷⁶, cujas decisões têm efeito *erga omnes* e vinculante.

Nessa linha evolutiva, tem grande importância, ainda, a criação da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional de n.º 03, de 1993, cuja redação do art. 102, § 2º, da CRFB 1988, já previa eficácia vinculante às decisões nesse instrumento.

A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, nessa mesma linha, criou o instituto das súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB 1988), com equivalência de efeitos em relação às ações abstratas de constitucionalidade (art. 102, § 2º), bem como incluindo um novo requisito aos recursos extraordinários, a repercussão geral (art. 102, § 3º), cuja sistemática representou

¹⁷³ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 120.

¹⁷⁴ CREUB 1891, art. 59, § 1º, “a”. Disponível em <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 08/03/2023.

¹⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

¹⁷⁶ CRFB 1946 art. 101, “k,” e art. 124, III. Disponível em <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 13/03/2023.

uma opção de expandir a eficácia das decisões, tornando-as vinculantes em relação aos demais tribunais¹⁷⁷. Marinoni aponta:

Como a questão com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro *status*. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição.

Quer dizer, em suma, que o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante¹⁷⁸.

No nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973, nos dizeres de Thamay, Garcia Júnior e Frota Jr., *foi, de certo modo, tímido na previsão de instrumentos voltados para a valorização dos precedentes judiciais, pois, embora tenha previsto a edição de súmulas pelos tribunais, vinculou-as à uniformização de jurisprudência*. Os autores prosseguem afirmando que o incidente teve *parca utilização prática*¹⁷⁹.

Zavascki afirma que medidas que representaram “manifestação inequívoca da força expansiva desses enunciados [de súmulas]” foram as previsões contidas no art. 90, § 2º, da Lei Complementar n.º 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura, em que se conferiu

¹⁷⁷ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 129.

¹⁷⁸ MARINONI, Precedentes..., Op. Cit., ps. 310/311.

¹⁷⁹ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 130.

poderes ao relator, no Tribunal Federal de Recursos (antecessor do STJ), para negar seguimento a recurso contrário à “súmula do Tribunal ou do STF”, e no art. 38 da Lei n.º 8.038, de 1990, que conferiu ao relator, no STF e no STJ, poderes para negar seguimento a recurso contrário à “súmula do respectivo tribunal”.¹⁸⁰

Foi somente a partir de 1994 que o CPC 1973 passou a contar com alterações significativas para dar força vinculante aos precedentes¹⁸¹.

A nova redação do art. 557, *caput*, e parágrafos, passou a autorizar o julgamento monocrático de recursos – negativa de seguimento ou provimento *prima facie* – com base em enunciado de súmula ou “jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores”. O art. 544, §§ 3º e 4º, por sua vez, conferiu poderes ao relator, no STF e no STJ, para, monocraticamente, com base em jurisprudência ou súmula daqueles tribunais, conhecer do agravo e prover o próprio recurso especial ou extraordinário¹⁸².

Entre 1998 e 2001 três alterações no CPC 1973 seguiram essa linha evolutiva. A nova redação ao art. 120 estabeleceu que o relator poderia resolver monocraticamente o conflito de competência, com base em “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”. Outra mudança dispensou a remessa necessária quanto às sentenças cuja fundamentação estivesse assentada em jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula do tribunal superior competente (art. 475, § 3º). A terceira conferiu às decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, a eficácia de inibir a execução de sentenças a elas contrárias¹⁸³.

Em 2001 a Lei n.º 10.259 criou um regime de precedentes vinculantes no âmbito dos juizados especiais federais, colocando como parâmetro decisório “súmula ou jurisprudência dominante no STJ” (art. 14, § 4º). A lei previu, ainda, que a decisão dos recursos extraordinários naquele âmbito teria força expansiva para casos semelhantes, além de um regime de demandas repetitivas com a instauração de incidente para julgamento de um recurso

¹⁸⁰ ZAVASCKI, Op. Cit., p. 38.

¹⁸¹ ZAVASCKI, Op. Cit., p. 38.

¹⁸² THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 130.

¹⁸³ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 131.

paradigma, cuja decisão serviria para orientar as decisões em recursos semelhantes retidos (art. 14, §§ 5º a 9º)¹⁸⁴.

O CPC/1973 foi novamente alterado em 2006 pelas Leis n.ºs 11.276 e 11.418, que trouxeram mudanças em relação aos recursos de apelação e extraordinário.

A primeira determinou que o recurso de apelação não deveria ser recebido pelo julgador “quando a sentença estiver[sse] em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Em relação ao extraordinário, previu que estaria configurada a “repercussão geral” diante de “decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, § 3º, do CPC). Muito importante foi a instituição de um sistema de decisão vinculante “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia” (art. 543-B do CPC)¹⁸⁵.

Com efeito, essa sistemática dos recursos repetitivos foi estabelecida em relação ao recurso especial pela Lei n. 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC/73. Por meio desse diploma ainda se instituiu “fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação aos casos pendentes de julgamento”.¹⁸⁶

Em 2009 a Lei n.º 12.153 trouxe inovações aos procedimentos dos juizados especiais estaduais com a criação do “pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material” (art. 18)¹⁸⁷.

Na mesma lei se previu o “pedido de manifestação” para resolver divergência “quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização [...] contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça” (art. 19), em ambos os casos podendo, se a divergência for entre turmas de estados diferentes, ser resolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão se torna vinculante (art. 19, § 6º)¹⁸⁸.

¹⁸⁴ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 132.

¹⁸⁵ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 133.

¹⁸⁶ ZAVASCKI, Op. Cit., p. 40.

¹⁸⁷ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 133.

¹⁸⁸ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 133.

Thamay, Garcia Júnior e Frota Jr destacam que “tais expedientes buscaram claramente suprir a lacuna resultante do não cabimento de recurso especial contra as decisões das turmas recursais dos juizados especiais”¹⁸⁹, previsto na Súmula 203 do STJ: “não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. Essa circunstância permitia vigorar, no âmbito dos juizados especiais, entendimentos contrários aos do Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê o direito brasileiro foi se incorporando ao sistema dos precedentes obrigatórios ao longo do tempo. Bustamante afirma que *o legislador brasileiro inequivocamente já havia importado, portanto, mesmo antes da promulgação do CPC/2015, a técnica do precedente vinculante ou obrigatório*¹⁹⁰. O cenário anterior ao novo diploma processual demonstrava *a inequívoca força ultra partes que a Constituição e as leis atribuem aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF*¹⁹¹. Desse modo, não é mais possível afirmar que precedente vinculante é uma figura recente no direito brasileiro.

Embora seja exagero dizer que o Código de Processo Civil de 2015 representa uma ruptura de paradigmas em relação aos precedentes, não se pode deixar de reconhecer sua importância como instrumento que tenta sistematizar os precedentes vinculantes no direito brasileiro, *contemplando fundamentalmente um regime de vinculação, nos planos horizontal e vertical, a padrões decisórios*¹⁹².

O art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. O § 1º desse artigo prevê que, na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante. O § 2º determina que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Desse modo, o código adjetivo busca a uniformização da jurisprudência e a manutenção dela com estabilidade, integridade e coerência. Para tanto, considera relevantes as

¹⁸⁹ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 133.

¹⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura jurídica argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016., p. 295.

¹⁹¹ ZAVASCKI, Op. Cit., p. 41.

¹⁹² THAMAY; GARCIA JÚNIOR; FROTA JR, Op. Cit., p. 134.

questões fáticas tratadas na decisão para formação dos precedentes. O código traz, ainda, no *caput* do art. 927, um rol de precedentes a partir de sua entrada em vigência. Eis o teor do dispositivo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A redação desse do *caput* do art. 927 trouxe bastante polêmica, com alguns autores defendendo a observância obrigatória de todos os precedentes aí listados, enquanto outros entenderam que o julgador deve observá-los, embora não esteja vinculado a todos eles. Alexandre Câmara esclarece:

Impende, então, definir quais são os padrões decisórios vinculantes e quais são os não vinculantes. E é preciso, desde logo, afastar-se a ideia – que poderia resultar de uma leitura isolada do art. 927 – de que todos os pronunciamentos ali indicados (...) seriam padrões decisórios vinculantes. Não é isto que resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro (mas, em sentido contrário, FPPC, Enunciado nº 170).

É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do CPC. E é equivocado, *data venia*, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do *caput* desse dispositivo afirma que os juízes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei.

A exigência, contida no *caput* do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e

tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada – além de inédita – para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse¹⁹³.

Patrícia Mello classifica os precedentes,¹⁹⁴ após o advento do Código de Processo Civil de 2015, em precedentes de *eficácia normativa ou vinculante*¹⁹⁵, *eficácia persuasiva* e *eficácia intermediária*. Para Mello, precedente *normativo ou vinculante* é aquele que tem como característica essencial ser de observância obrigatória por juízes e tribunais inferiores. A violação ao precedente enseja a propositura de reclamação diretamente ao tribunal que o editou¹⁹⁶. É dessa espécie de precedente, quando emanado do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, que mais se dedica este trabalho.

Os precedentes de *eficácia meramente persuasiva* obrigam as partes do processo, mas não necessariamente os demais órgãos do Poder Judiciário, ainda que tratem de matéria idêntica. No entanto, esses precedentes prestam-se a dar apoio argumentativo à tese de uma das partes ou a um posicionamento judicial no mesmo sentido, a demonstrar que a tese foi

¹⁹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2023, p. 52.

¹⁹⁴ MELLO, O Supremo..., Op. Cit., *passim*.

¹⁹⁵ Registra a autora que “é válido esclarecer que toda decisão judicial é vinculante, ou seja, produz uma determinação a ser obrigatoriamente observada. Algumas decisões vinculam apenas as partes (eficácia inter partes). Outras vinculam também terceiros que não são partes (eficácia *erga omnes*). Entretanto, a expressão “precedente vinculante” é utilizada pela comunidade jurídica como sinônimo de “precedente normativo”, para referir-se a julgados que produzem efeitos não apenas vinculantes, mas também contra todos (*erga omnes*), obrigando, portanto, terceiros que não atuaram no feito. Embora o uso da expressão precedente vinculante como sinônimo de precedente normativo não seja rigorosamente técnico, a expressão será empregada neste trabalho com este último significado, em virtude de seu uso corrente”. MELLO, Patrícia. *O Supremo e os precedentes constitucionais*, p. 42.

¹⁹⁶ MELLO, O Supremo..., Op. Cit., p. 42.

acolhida por outro órgão judicial, e a dar ensejo a uma série de decisões, possibilitando, assim, na consolidação da jurisprudência. Desse modo, contribui para o combate à indeterminação do direito¹⁹⁷.

Já os precedentes dotados de *eficácia impositiva intermediária* são aqueles que produzem efeitos para além do caso concreto julgado, embora não sejam obrigatórios para os demais órgãos judiciais, nem ensejem a propositura de reclamação em caso de decisões divergentes. Essas decisões se situam entre os precedentes de eficácia normativa e os de eficácia meramente persuasiva em relação à força e abrangência dos efeitos gerados¹⁹⁸. Patrícia Mello exemplifica:

As decisões do pleno do STF ou dos tribunais que declarem a inconstitucionalidade de uma lei, dispensam a exigência de reserva de plenário para que, em um novo caso, se reconheça a inconstitucionalidade da mesma norma. A súmula e a jurisprudência consolidada no tribunal ou nos tribunais superiores possibilitam a inadmissão, o desprovemento ou o provimento monocrático, pelo relator, de recurso com elas (in)compatíveis, sem a necessidade de levar a questão novamente a um órgão colegiado. Pode-se afirmar, portanto, que, no sistema atual, as decisões proferidas em repercussão geral, as decisões do pleno do STF ou dos tribunais que declarem a inconstitucionalidade de uma norma, as súmulas e a jurisprudência consolidada nos tribunais configuram precedentes de eficácia intermediária.¹⁹⁹

Feito um esforço histórico dos precedentes no direito brasileiro e posicionada a situação atual, além de se apresentar, para efeitos didáticos, uma classificação dos precedentes, dentre muitas outras elaboradas, faz-se, a seguir, uma breve exposição dos precedentes atuais, dividindo-os em constitucionais e infraconstitucionais, ressaltando que este trabalho, embora aborde os precedentes em geral para fins de facilitar a compreensão, aprofundará o debate em torno dos problemas que os primeiros encontram para se firmar.

¹⁹⁷ MELLO, *O Supremo...*, Op. Cit., p. 42.

¹⁹⁸ MELLO, *O Supremo...*, Op. Cit., p. 42.

¹⁹⁹ MELLO, *O Supremo...*, Op. Cit., p. 43.

3.1 Precedentes constitucionais

3.1.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

De acordo com Luís Roberto Barroso, a representação interventiva, figura criada pela Constituição de 1934, foi o primeiro antecedente, de maneira bem limitado, do controle judicial de constitucionalidade. Era um pressuposto para a declaração de intervenção federal nos Estados-membros²⁰⁰.

No entanto foi mesmo com o advento da ação de inconstitucionalidade, trazida pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que o controle pela via principal teve seu objeto ampliado, iniciando um processo que chegou ao destaque que tem hoje dentro do sistema brasileiro²⁰¹.

A Constituição da República de 1988 prevê que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal²⁰².

As *decisões definitivas de mérito*, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) – ADI e ADO e nas ações declaratórias de constitucionalidade – ADC produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal²⁰³. Isso vale também para as decisões definitivas de mérito das arguições de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.²⁰⁴

Em suma, as decisões definitivas de mérito nessas ações constitucionais de controle abstrato (ADIs, ADOs e ADPFs) produzem precedentes com efeitos gerais e vinculantes em relação à Administração Pública e ao Poder Judiciário.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2019, p. 220

²⁰¹ BARROSO, *O controle...*, Op. Cit., p. 220.

²⁰² CRFB 1988, art. 102, inciso I, alínea “a”.

²⁰³ CRFB 1988, art. 102, § 2º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

²⁰⁴ CRFB 1988, art. 102, § 1º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Quanto aos limites objetivos do efeito vinculante, Mendes e Branco esclarecem que estes não estão restritos à parte dispositiva da decisão, mas incluem os fundamentos determinantes. Explicam que

(...) com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.²⁰⁵

Em relação aos sujeitos vinculados à decisão estes são os órgãos da Administração Pública de qualquer poder e os juízes e tribunais. O Supremo Tribunal Federal não se encontra obrigado pois isso representaria o congelamento do direito constitucional e essa solução obrigaria a Corte Maior a sustentar teses que considerasse errôneas ou superadas²⁰⁶.

3.1.2 Recursos extraordinários repetitivos

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira do que o CPC/1973 previa em relação ao recurso especial²⁰⁷, apresenta procedimento próprio para os recursos especiais e extraordinários repetitivos,²⁰⁸ com o intuito de produzir eficácia uniforme em múltiplas ações com a aplicação de tese a todos os recursos que tratem da mesma matéria de direito, material ou processual²⁰⁹.

Percebendo-se a multiplicidade de recursos sobre a mesma questão de direito, qualquer Ministro ou o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de

²⁰⁵ MENDES; BRANCO, Op. Cit., p. 728.

²⁰⁶ MENDES; BRANCO, Op. Cit., p. 728.

²⁰⁷ CPC/1973, arts. 543-A, 543-B e 543-C.

²⁰⁸ CPC 2015, arts. 1.036 a 1.041.

²⁰⁹ CPC 2015, art. 928, parágrafo único.

Justiça pode afetar uma das insurgências para julgamento. Os presidentes ou vice-presidentes dos tribunais locais também podem selecionar recursos demonstrativos da controvérsia e apontá-los à Corte Superior, sem que a vincule, evidentemente, e suspenderá todos os processos sobre a mesma controvérsia no Estado ou região.

Aceita a sistemática pelo relator no tribunal superior, é proferida decisão de afetação, primeiro identificando a questão submetida a julgamento, depois requisitando-se a Presidentes de tribunais locais recursos representativos da mesma controvérsia e, por último, suspendendo-se, em âmbito nacional, processos que versem sobre o tema. Essa suspensão, no entanto, não é automática, dependendo de juízo de conveniência e oportunidade²¹⁰.

Durante a instrução o código prevê que podem ser admitidos *amici curiae* (amigos da corte), marcadas audiências públicas e ouvidos os tribunais locais, além do Ministério Público. Essas previsões visam assegurar o contraditório e a ampla defesa, bem como uma melhor análise dos argumentos do recurso, a fim de melhor instruir o tribunal.²¹¹ O julgamento deve ser realizado em até um ano, manifestando-se a corte sobre todos os argumentos relevantes levantados. Fux ressalta que

Esse acórdão é de crucial importância, na medida em que vincula todos os julgadores do território nacional, representando o entendimento obrigatório sobre a matéria legal ou constitucional. Como consequência, os Presidentes ou Vice-Presidentes dos tribunais locais podem negar seguimento aos recursos especiais e extraordinários pendentes, bem como determinar o reexame dos acórdãos discutidos pelos órgãos locais que os proferiram (arts. 1.039 e 1.040/232). Neste caso, mantido o entendimento, o recurso será remetido ao tribunal superior, para apreciação definitiva da correção da aplicação da tese fixada em sede de recurso repetitivo (art. 1.041)²¹².

Essa sistemática de julgamento de recursos repetitivos busca atender a finalidade de economia processual, evitando-se o gasto de energia, de tempo e de dinheiro, com

²¹⁰ FUX, Op. Cit., p. 1003.

²¹¹ FUX, Op. Cit., p. 1003.

²¹² FUX, Op. Cit., p. 1004.

a sucessão de decisões de questões iguais, em processos diferentes. Visa, ainda, a uniformização da tese de direito relativa à lei infraconstitucional e à Constituição²¹³. Esses objetivos são alguns dos buscados pelo sistema de precedentes.

3.1.3 Súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, instituiu a *súmula vinculante*. Foi acrescentado o art. 103-A à Constituição Federal prevendo que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros (8 votos de 11 possíveis), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*.

O enunciado terá força vinculante após sua publicação na imprensa oficial e está prevista a *revisão* ou *cancelamento*, na forma estabelecida por lei. Esta lei é a de n.º 11.417/2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete *grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade²¹⁴.

²¹³ THEODORO JÚNIOR. *Código de Processo Civil anotado*. Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1.313.

²¹⁴ CRFB, art. 103-A, §§ 1º e 2º. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 17/03/2023. De acordo com o previsto no art. 103 da CF/88 podem propor ADI e ADC o Presidente da República; Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao contrário do que ocorre no processo objetivo (ADI, ADC, ADO e ADPF), a súmula vinculante é decorrente de decisões de processos subjetivos (casos concretos), nos quais ocorre a necessidade de solução geral. Ela só pode ser editada após a matéria versada ter sido objeto de debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, buscando-se, assim, a maturação da questão. O verbete deve refletir uma jurisprudência do Tribunal, com reiterados julgados no mesmo sentido²¹⁵.

Os limites objetivos da súmula vinculante devem ser extraídos por seu enunciado, que pode ser melhor entendido pelas referências contidas na súmula, ou seja, nos julgados que são pilares para a formulação do texto. Assim, para dirimir dúvidas em relação ao alcance e exatidão, algumas vezes se faz necessário a análise desses julgados até para fazer eventual *distinguishing* (distinção) na aplicação da súmula²¹⁶.

Uma questão que vem à tona é a seguinte: se a decisão constitucional em controle concentrado e até mesmo no difuso, na sistemática do julgamento dos recursos repetitivos, tem efeitos vinculantes, qual a necessidade da edição de súmula vinculante?²¹⁷

Marinoni ressalta que o procedimento de criação da súmula vinculante esconde uma temática não enfrentada pela doutrina da *civil law*, até mesmo porque não é percebida pelos juristas brasileiros. É que essa tradição se dedica à interpretação da lei, dando pouca atenção ao estudo dos precedentes. Em se tratando de precedente vinculante, necessário descobrir o que realmente obriga, principalmente quando não há clareza para se identificar a tese que foi emanada do tribunal²¹⁸.

Como se viu no tópico sobre *ratio decidendi*, nem sempre é fácil extraí-la de um precedente. Em algumas situações, pode-se necessitar, para esse fim, da análise de várias decisões que a embasaram. Nesses casos, é de extrema importância uma decisão que se sobreponha às demais relativas aos casos semelhantes, individualizando a *ratio decidendi*, para que ela deixe o estado de obscuridade²¹⁹.

²¹⁵ MENDES; BRANCO, Op. Cit., p. 531.

²¹⁶ MENDES; BRANCO, Op. Cit., p. 532.

²¹⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 490.

²¹⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 490.

²¹⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 490.

Para isso que se criou o instituto da súmula vinculante. Quando se tem uma *ratio decidendi* clara de um precedente não há necessidade de uma súmula vinculante. Ao inverso, quando as decisões têm natureza complexa e obscura, a edição da súmula pode ser solução para trazer clareza à tese com força obrigatória²²⁰.

3.2 Precedentes infraconstitucionais

Precedentes infraconstitucionais são aqueles emanados de órgãos judiciais que estão abaixo do Supremo Tribunal Federal, como os tribunais superiores e os ordinários. Como se viu, o art. 927 do CPC determina que o julgador, ao apreciar o caso concreto, observe os acórdãos em incidente de assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos especiais repetitivos.

O *caput* do art. 928 do CPC informa que se considera *julgamento de casos repetitivos* a decisão proferida em (a) incidente de resolução de demandas repetitivas; e (b) recursos especial e extraordinário repetitivos. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Observa-se que o incidente de assunção de competência não foi listado entre os casos repetitivos. Isso se deu porque o instituto foi previsto, como se verá com mais detalhes adiante, com a finalidade de o tribunal solucionar relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas sem multiplicidade de processos.

3.2.1 As decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais repetitivos

O Código de Processo Civil de 1973, com redação acrescida, já previa um procedimento para julgamento dos recursos especiais repetitivos nos arts. 543-A, 543-B e 543-C. A mesma técnica foi repetida no CPC/2015 e unificado o procedimento com o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, motivo pelo qual a explanação constante do item 3.1.2

²²⁰ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 490.

supra, com base nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, são válidas para o julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito no Superior Tribunal de Justiça, para onde se remete o leitor, a fim de se evitar repetições.

3.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

O incidente de resolução de demandas repetitivas, novidade trazida pelo CPC 2015, está disciplinado nos arts. 976 e seguintes do Código. No meio jurídico foi logo apelidado de IRDR. No *caput* do art. 926 está previsto que é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, (a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O IRDR busca a racionalização dos julgamentos com a solução para questões jurídicas comuns a inúmeras ações judiciais e que causam exaustão a muitos magistrados que chegam, em várias situações, a conclusões diversas. A demanda supera a capacidade de oferecer prestação jurisdicional com qualidade e em tempo razoável e *a falta de uniformidade nos julgamentos propicia, por outro lado, a sensação de incerteza e de insegurança*²²¹.

Aluisio Mendes ressalta que o novo instituto tem relevantes objetivos, mas para que se obtenha sucesso com ele é necessário que julgadores estejam preparados para aplicá-lo. Juízes e tribunais terão que se afastar de uma cultura que acabou se formando em razão das ações de massa, que é a automatização na função de julgar. *O mecanicismo diante das demandas repetitivas terá que ceder à lógica da gestão, na qual o julgamento reiterado e desenfreado terá que dar lugar à lógica da racionalização*²²².

Não é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para

²²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

²²² MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 9.

definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva²²³. Tal norma visa preservar a hierarquia no Judiciário.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (a) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; e (b) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão da tese jurídica²²⁴.

Nessa linha, Marcato, Cianci e Santos informam que o incidente busca dar efetividade a ideia de uniformidade e estabilidade reforçadas no novo CPC, principalmente em razão da tese jurídica dele extraída servir de base a diversas possibilidades de aplicação, resolvendo questões, ou dispensando fases processuais, revelando um tratamento unitário do tema²²⁵.

Com efeito, o precedente serve à concessão de tutela provisória de evidência²²⁶, à improcedência liminar do pedido²²⁷, à desnecessidade da remessa necessária²²⁸, à dispensa de caução no cumprimento de sentença provisório, quando a decisão exequenda estiver em consonância com a tese do incidente²²⁹, à exigência de fundamentação adequada, de modo a definir a incidência da tese²³⁰, à decisão monocrática pelo relator²³¹, ao cabimento da reclamação para se garantir a aplicação da tese²³², ao prosseguimento do julgamento da tese jurídica, mesmo no caso de desistência do recurso no caso concreto²³³.

Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será

²²³ CPC, art. 976, § 4º.

²²⁴ CPC, art. 985.

²²⁵ MARCATO, Antonio Carlos; CIANCI, Mirna; SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *Curso de direito processual civil aplicado*. 1. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 822.

²²⁶ CPC, art. 311, II.

²²⁷ CPC, art. 332, II e III.

²²⁸ CPC, art. 496, § 4º, II e III.

²²⁹ CPC, art. 521, IV.

²³⁰ CPC, art. 927, §§ 3º e 4º.

²³¹ CPC, art. 955, II.

²³² CPC, art. 988, IV.

²³³ CPC, art. 998, parágrafo único.

aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito²³⁴.

Nesse ponto importante registrar julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ser cabível recurso especial em face de acórdão de tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento de IRDR, por não preenchimento do requisito constitucional da *causa decidida*²³⁵, mas apenas do acórdão que aplica o precedente e resolve o caso concreto, e desde que preenchidos os demais requisitos do recurso²³⁶.

Importe ressaltar, ainda, que o incidente não resolve os processos suspensos (ou mesmo os não suspensos, mas que versem sobre a mesma questão jurídica) que aguardavam definição, mas fixa a tese jurídica que deverá ser aplicada, caso a caso, pelos julgadores das causas respectivas, com efeito vinculante²³⁷.

O IRDR pode cumprir um grande papel no sentido de suprimir, ou ao menos atenuar, diversas disfunções no acesso à Justiça, por concentrar a resolução de questões comuns, eliminando ou reduzindo em grande quantidade a possibilidade de soluções singulares e contraditórias para questões jurídicas similares, no âmbito do direito material ou processual²³⁸. Mas para isso o precedente daí advindo deve ser adequado e os órgãos judiciais vinculados devem aplicá-los adequadamente.

3.2.3 Incidente de Assunção de Competência – IAC

O incidente de assunção de competência, chamado no meio jurídico de IAC, é outra novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. O art. 947 do Codex prevê que é admissível a *assunção de competência* quando o julgamento de *recurso*, de *remessa necessária* ou de *processo de competência originária* envolver *relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos*.

²³⁴ CPC, art. 987.

²³⁵ CRFB 1988, art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...). (Grifou-se)

²³⁶ STJ. Corte Especial. REsp 1.798.374-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/05/2022.

²³⁷ MARCATO; CIANCI; SANTOS. Op. Cit., p. 826.

²³⁸ MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 20.

O incidente é aplicado, ainda, quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal de acordo com previsto no § 4.º do art. 947 do CPC.

Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. O órgão colegiado fará o julgamento se reconhecer interesse público na assunção de competência. *O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários*, exceto se houver revisão de tese²³⁹.

Embora com nova nomenclatura, Cassio Scarpinella informa que se trata de técnica já conhecida. O Código de Processo Civil de 1973 previa, no art. 476, o incidente de uniformização de jurisprudência, em paralelo com o incidente de relevante questão de direito (nova redação dada ao art. 555 em 2001), agora extintos, que tinham como missão evitar contradições dentro de um mesmo tribunal²⁴⁰. No entanto, o efeito da decisão não era vinculante, apenas persuasivo²⁴¹.

Esse novo instituto tem essa potencialização da vinculação e traz hipótese de alteração de competência do colegiado a ser indicado pelo regimento interno, que decidirá questão jurídica que passará a receber solução única, na ideia de uniformidade do atual sistema para a construção de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente. Tem caráter preventivo e repressivo, pois cabe tanto nos casos de tema a ser prevenido como nos em que a divergência tenha se instaurado, neste último caso sem múltiplas demandas²⁴².

O precedente obtido permite o julgamento de improcedência liminar²⁴³ e a decisão monocrática pelo relator²⁴⁴, além de afastar a remessa necessária²⁴⁵. É de

²³⁹ CPC, art. 947, §§ 1º a 3º.

²⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil* – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 202.

²⁴¹ MARCATO; CIANCI; SANTOS. Op. Cit., p. 785.

²⁴² MARCATO; CIANCI; SANTOS. Op. Cit., p. 785/786.

²⁴³ CPC, art. 332, II e III.

²⁴⁴ CPC, art. 932, IV, b e c, V, b e c; art. 955, parágrafo único, II.

²⁴⁵ CPC, art. 496, § 4º, II e III.

fundamentação obrigatória²⁴⁶ e cabe reclamação em face de decisão que não aplica adequadamente a tese²⁴⁷.

Em diversas partes do CPC há regras que se aplicam a casos repetitivos, incluso nestes, segundo o próprio código, o IRDR. Uma delas, por exemplo, é a dispensa genérica de caução no cumprimento provisório de sentença com base no precedente do IRDR²⁴⁸, norma esta não prevista no caso do IAC (que não é incidente destinado a solucionar causas em série). Apesar da ausência de previsão, é caso de se aplicar também essa regra ao precedente decorrente do IAC²⁴⁹.

Isso porque a quantidade menor de regras positivadas sobre o IAC levam doutrinadores a defender a *fungibilidade* de seu cabimento e disciplina, visto que ambos os institutos têm a mesma finalidade, qual seja, criar um indexador de jurisprudência, devendo essa linha divisória entre eles ser resolvida mais em termos funcionais e menos em teóricos e abstratos²⁵⁰. Didier e Cunha falam, inclusive, de um *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*²⁵¹.

A uniformização da jurisprudência, agora reestruturada, é corolário do interesse público. A função popular da jurisdição, cujo exercício se faz em razão de parcela da soberania destinada ao exercício do Poder Judiciário, reclama a unidade do direito. Isso porque não é coerente que cidadãos da mesma região, sujeitos à mesma ordem jurídica, recebam tratamento diverso de julgadores encarregados da aplicação e interpretação das leis²⁵².

Desse modo, o incidente de assunção de competência, assim como os incidentes de uniformização da jurisprudência em geral, tem como missão cumprir, de modo oblíquo, o direito constitucional de igualdade perante a lei (entendida esta no atual contexto como ordenamento jurídico), além do importante papel pedagógico em relação aos órgãos judiciais inferiores, decorrente de sua força informativa²⁵³.

²⁴⁶ CPC, art. 1.022, parágrafo único, I.

²⁴⁷ CPC, art. 988, IV.

²⁴⁸ CPC, art. 521, IV.

²⁴⁹ MARCATO; CIANCI; SANTOS. Op. Cit., p. 788

²⁵⁰ BUENO, *Curso...*, Op. Cit., p. 202.

²⁵¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo CPC*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1369.

²⁵² FUX, Op. Cit., p. 1013.

²⁵³ FUX, Op. Cit., p. 1013.

3.3 Reclamação

De nada adiantaria a previsão de precedentes vinculantes sem instrumentos que pudessem garantir sua aplicação. Os meios mais usuais são os recursos, ferramenta hábil para rever erro ou má aplicação nas decisões. Ocorre que a inobservância dos precedentes obrigatórios é tão danosa ao sistema jurídico que se utiliza também da *reclamação* como remédio hábil para controlar essa aplicação²⁵⁴.

O instituto da reclamação surgiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal nos anos 1950. Nesse período o Suprema Corte discutiu a possibilidade de criação de um mecanismo de efetivação de suas decisões visto que não havia previsão constitucional ou legal nesse sentido. Com base na aplicação da *teoria dos poderes implícitos*, na qual se entende que se o constituinte atribuiu ao STF a guarda da Constituição, implicitamente outorgou ao mesmo tribunal meios para efetivação desse comando, concluiu-se está autorizada a aplicação da reclamação²⁵⁵.

Assim, em 1957 uma emenda ao Regimento Interno do STF introduziu o Capítulo V-A que disciplinou a reclamação. Houve a manutenção do instituto com a Constituição de 1967 (e pela Emenda Constitucional 1/1969), que atribuiu força de lei federal ao Regimento Interno do STF, no qual se encontram regulamentadas o processo e o julgamento dos feitos de sua competência²⁵⁶.

Foi com a Carta Magna de 1988 que a reclamação atingiu assento constitucional com previsão de uso perante o Supremo Tribunal Federal²⁵⁷ e Superior Tribunal de Justiça²⁵⁸. A Lei 8.038, de 28/05/1990 disciplinou a reclamação no âmbito desses tribunais. A Emenda Constitucional n.º 3/1993, por sua vez, criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade, prevendo, em face da ADPF, a possibilidade de uso de reclamação²⁵⁹.

²⁵⁴ AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. [coordenação Leonardo Carneiro da Cunha]. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, (Processo civil contemporâneo), p. 171.

²⁵⁵ RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 359.

²⁵⁶ RODRIGUES, Op. Cit., p. 359.

²⁵⁷ CRFB, art. 102, inciso I, “I”. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 15/03/2023.

²⁵⁸ CRFB, art. 105, inciso I, “f”.

²⁵⁹ RODRIGUES, Op. Cit., p. 360.

Com a Emenda Constitucional de n.º 45/2004, foi acrescentado o art. 103-A, que criou o instituto das súmulas vinculantes, prevendo que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a *súmula vinculante* aplicável ou que indevidamente a aplicar, *cabará reclamação* ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso²⁶⁰. A Lei n.º 11.417, de 19/12/2006 regulamentou esse dispositivo constitucional.

O CPC 2015 tratou expressamente da reclamação, dedicando todo um capítulo, revogando, inclusive os arts. 13 a 18 da Lei n. 8.038/1990, que disciplinava o instituto nos tribunais superiores. A reclamação é, assim, uma *ação* voltada à salvaguarda da competência dos tribunais, em harmonia com o modelo constitucional de direito processual civil, razão pela qual pode ser ajuizada em qualquer corte do país²⁶¹.

De acordo com o previsto no art. 988 do Código de Processo Civil, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (a) *preservar* a competência do tribunal; e *garantir* (b) a autoridade das decisões do tribunal, (c) a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e (d) a observância de acórdão proferido em julgamento de IRDR ou de IAC.

As hipóteses de cabimento de reclamação em face de precedentes vinculantes constantes das alíneas (c) e (d) acima compreendem a aplicação indevida da tese jurídica ou sua não aplicação aos casos que a ela correspondam²⁶². Aqui se tem a proteção à observância dos precedentes vinculantes.

A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação²⁶³. Essa previsão é justamente para se garantir que a competência e autoridade das decisões do tribunal seja respeitada, evitando-

²⁶⁰ CRFB, art. 103-A, § 3º. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em 17/03/2023.

²⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 429.

²⁶² CPC, art. 988, § 4º.

²⁶³ CPC, art. 988, § 6º.

se se subtrair da parte processual o direito de reclamar ao tribunal competente acaso não recebido ou julgado o recurso interposto da decisão reclamada.

É inadmissível a reclamação proposta: (a) após o trânsito em julgado da decisão reclamada, em prestígio à coisa julgada; e (b) para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias²⁶⁴. Nesse último caso a reclamação não pode ser usada como sucedâneo recursal ou como mecanismo *per saltum* de acesso ao STF ou STJ²⁶⁵.

Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.²⁶⁶ Essa última hipótese serve para resolver situações em que não há um ato, mas uma omissão. Rodrigues traz o exemplo de um caso em que o Poder Público estivesse omissos em relação à aplicação de uma súmula vinculante, no qual *pode ser necessária a determinação da prática de ato que faça valer o comando sumulado*²⁶⁷.

Azevedo chama a atenção para a tríplice função da reclamação no sistema processual²⁶⁸: (a) preservar a competência dos tribunais²⁶⁹, (b) garantir a autoridade de suas decisões²⁷⁰ e (c) garantir a observância e correta aplicação dos precedentes obrigatórios²⁷¹. Essa terceira função busca proteger a autoridade da *ratio decidendi* de decisões da corte, ou seja, a eficácia vinculante da norma geral e abstrata dos precedentes²⁷².

Controlando a aplicação dos precedentes vinculantes, a reclamação serve para cuidar da correta observância das teses jurídicas neles fixadas²⁷³, se traduzindo como importante instrumento para garantir a coerência e a segurança jurídica desse sistema, ainda em formação.

²⁶⁴ CPC, art. 988, § 5º.

²⁶⁵ RODRIGUES, Op. Cit., p. 365.

²⁶⁶ CPC, art. 992.

²⁶⁷ RODRIGUES, Op. Cit., p. 363

²⁶⁸ AZEVEDO, Op. Cit., p. 135.

²⁶⁹ CPC, art. 988, I; CF, arts. 102, I, I e 105, I, f

²⁷⁰ CPC, art. 988, II; CF, arts. 102, I, I e 105, I, f,

²⁷¹ CPC, art. 988, III e IV, § 5º, II; Lei nº 11.417/2006, art. 7º; CF/1998, art. 103-A, § 3º

²⁷² AZEVEDO, Op. Cit., p. 135/136.

²⁷³ AZEVEDO, Op. Cit., p. 135/136.

4. QUESTIONAMENTOS SOBRE OS PRECEDENTES VINCULANTES

Como dito alhures, o direito brasileiro ainda caminha em direção a um sistema de precedentes. Diversas questões decorrem da aplicação dos precedentes vinculantes: uma delas se refere às fontes do Direito; outra relacionada à independência do julgador; tem a legitimidade democrática do Judiciário ainda levantada; e o real alcance da decisão obrigatória²⁷⁴. Não se pode negar, nesse passo, que a sociedade em geral tem pouco conhecimento sobre o conteúdo dos precedentes, embora seja ela a principal destinatária da norma jurídica.

4.1 Precedente como fonte do direito

Como se viu no decorrer deste trabalho não é mais possível afirmar que apenas o legislador cria o Direito. O tempo dos magistrados com a função mecânica de somente aplicar a lei não existe mais, e hoje, juízes e tribunais constroem o significado de direito positivo ao aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto. O texto difere da norma e cabe ao operador do direito extrair o comando normativo, nos limites da lei.

No atual Estado Democrático de Direito cabe ao Poder Judiciário concretizar a Constituição, ao lado dos demais poderes. A criação de diretivas gerais, contidos em enunciados de súmulas do entendimento do Tribunal e outros precedentes, constituem uma atuação propositiva. No entanto, uma diferença ainda permanece, o legislador tem ampla liberdade de atuação com um leque de opções políticas enquanto o Judiciário está circunscrito a um quadro limitado de opções válidas, dentro de um caso concreto, sujeito à fundamentação detalhada, sob pena de incorrer em infração à separação dos poderes²⁷⁵.

Sem embargo dessa diferença, no controle concentrado de constitucionalidade, cujo procedimento ocorre em processos objetivos, sem caso concreto específico, legitimada está a atuação do Judiciário como criador de normas jurídicas. Isso se dá em razão do atual nível de constitucionalismo que se atingiu e do prestígio que os princípios da dignidade da pessoa humana e da supremacia da constituição alcançaram, cabendo ao tribunal

²⁷⁴ TAVARES, Op. Cit. n. p.

²⁷⁵ Op. Cit. n. p.

constitucional extrair da norma o entendimento que esteja mais de acordo com a Constituição.²⁷⁶

A evolução nesse sentido é inegável. O ordenamento jurídico brasileiro se referia apenas à jurisprudência ou somente a um de seus instrumentos, a súmula. Com o avanço do sistema, porém, se chega à necessidade de oferecer tratamento aos *precedentes* ao nível que se dá à *jurisprudência*²⁷⁷. Nessa linha, Aloisio Mendes ressalta que *ambos representam estágios correlacionados do fortalecimento do pronunciamento judicial, envolvendo as suas diversas qualidades*²⁷⁸.

Nesse cenário, as decisões judiciais passam a ter importância não somente para resolução de casos concretos, mas como fonte de padrões de conduta, mesmo que não contidos estes em lei. Muitos exemplos poderiam ser apontados para confirmar essa posição. Apresenta-se dois para demonstrar a afirmação²⁷⁹.

A proibição de fumo nos voos foi estabelecida inicialmente por uma decisão proferida em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, em 1998, quando não existia lei com essa proibição. Com base em princípios como o da segurança e da saúde e a utilização da analogia com outras regras, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul determinou a proibição de fumo durante o percurso de voos nacionais em aeronaves²⁸⁰.

Outro exemplo são os julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/RJ²⁸¹ e na ADI 4277/DF, na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo. Essa decisão ensejou a edição da Resolução n.º 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que ampliou o âmbito do precedente firmado para casos de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nos dois casos, as decisões judiciais proferidas representaram importantes inovações no mundo jurídico, com antecipação a eventuais mudanças legais. Tratou-se de

²⁷⁶ Para tal fim pode se utilizar de técnicas como a interpretação conforme a constituição ou a inconstitucionalidade sem redução de texto, por exemplo, nas quais o tribunal constitucional cria a norma a partir da análise da lei em face dos objetivos buscados pela Constituição.

²⁷⁷ MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 79.

²⁷⁸ MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 79.

²⁷⁹ MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 79.

²⁸⁰ O Juízo da 4ª Vara Federal de Porto Alegre deferiu a liminar em 1998, em face da qual foi interposto o Agravo de Instrumento. O Tribunal manteve a decisão. TRF4, Quarta Turma, AI 1998.04.01.080072-7/RS, j. 16/03/1999.

²⁸¹ STF. Plenário. ADPF 132/RJ. ADI 4277/DF. Dje 13/12/2011.

provimentos de criação do direito e de pacificação das relações sociais.²⁸² Nesse passo, não há mais espaço para o não reconhecimento da produção normativa advinda da interpretação jurídica realizada por juízes e tribunais como fonte do direito.

4.2 Independência do Poder Judiciário

O precedente constitucional vinculante somente faz sentido quando objetiva proceder a uma padronização da jurisprudência posterior sobre casos concretos idênticos, bem como nortear a atuação da Administração Pública, para se obter segurança jurídica e a concretização do princípio da isonomia de tratamento aos administrados e jurisdicionados²⁸³.

Os críticos do modelo apontam que ele promove um fechamento do sistema, tornando-o inflexível, suprime garantias fundamentais como o duplo grau de jurisdição, e que a vinculação afetaria a independência do julgador, considerando-se que imporia amarra às instâncias ordinárias, afetando a função primordial do Judiciário.

Para se evitar esses problemas a adoção do sistema de precedentes vinculantes não deve corresponder à impossibilidade de mudança. O que deve ser buscado é a eliminação de contradições internas do sistema, na medida do possível, visto que a unidade do Direito é um ideal jurídico, sob pena de falência do próprio sistema²⁸⁴.

O julgador tem liberdade de analisar o precedente e aplicá-lo acaso se convença da similitude dos casos, bem como afastá-lo se verificar a presença de diferenças fundamentais entre os dois casos. Por outro lado, as mudanças nas relações sociais podem levar a mudança de entendimento e à revogação do precedente.

Nessa linha, o *distinguishing* (distinção), inserido no campo da fundamentação das decisões judiciais, é uma técnica, como se viu, imprescindível e de relevantíssima utilidade para se evitar injustiças e engessamento dos órgãos judiciais inferiores. Inclusive há previsão no Código de Processo Civil de não se considerar fundamentada a decisão quando o julgador deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente

²⁸² MENDES, Aluisio. Op. Cit., p. 80.

²⁸³ TAVARES. Op. Cit. n. p.

²⁸⁴ TAVARES. Op. Cit. n. p.

invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, ou quando o aplicar em caso diverso do paradigma²⁸⁵.

O *overruling* (superação), por sua vez, pressupõe que se adaptando o precedente ao caso concreto, constata-se que a decisão vinculante perdeu vigor diante das alterações fáticas que causaram a desatualização da tese jurídica, se tornando obsoleta, não estando em consonância com a contemporaneidade²⁸⁶. Apesar da revogação de precedentes somente poder ser feita pelo órgão de onde ele adveio, os julgadores vinculados podem colaborar para isso, na esteira dos princípios que prestigiam o diálogo no direito constitucional processual vigente.

Correlacionada a essa, outra crítica que não se sustenta é a de que o sistema de precedentes vinculantes acarreta que tribunais não mais admitam recursos com fundamento contrários ao entendimento já adotado em precedente vinculante, impedindo o próprio acesso ao Judiciário, violando a regra de direitos humanos que defende que recorrer de uma decisão judicial é direito fundamental garantido pelo Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos,

Isso porque não se pode olvidar que o direito de recorrer não se confunde com duplo grau de jurisdição. Este impõe a devolução total da matéria para análise por órgão superior enquanto o primeiro pode estar restrito a possibilidade de revisão de matéria fática²⁸⁷. Marinoni esclarece que o acesso *ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo exame de mérito por dois órgãos distintos do Poder Judiciário*²⁸⁸.

O sistema de precedentes em formação não veda ou atrapalha o duplo grau de jurisdição, possibilitando até mesmo o direito de reclamar junto ao órgão superior em caso de desrespeito às suas decisões vinculantes, mas o que se pretende impedir é o tratamento desigual a casos semelhantes, ou igual para situações que reclamam soluções diferentes, quando a corte superior já firmou entendimento. A isonomia e a segurança jurídica são direitos fundamentais caros ao estado democrático de direito.

²⁸⁵ CPC, art. 489, § 1º, VI.

²⁸⁶ MARCATO; CIANCI; SANTOS. Op. Cit., p. 773.

²⁸⁷ TAVARES. Op. Cit. n. p.

²⁸⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, 408.

Assim, a liberdade e independência do julgador ordinário estará mantida desde que: a) o magistrado avalie se aplica ou não um precedente constitucional vinculante a determinado caso concreto; b) seja aplicada interpretação sobre o precedente visto que vertido em linguagem como as leis em geral. Por outro lado, a livre convicção fundamentada do juiz não pode ser confundida com atuação arbitrária, à revelia da estabilização das decisões judiciais que decidem casos idênticos²⁸⁹.

4.3 Questão democrática

Outra crítica que se faz é a suposta falta de legitimidade do Judiciário considerando ser o único dos Poderes da República com membros não escolhidos diretamente pelo povo, de onde emana o poder nas sociedades democráticas.

No entanto, há argumentos fortes a favor da legitimidade: a) é a própria Constituição, fruto da vontade soberana da sociedade, oriunda dos representantes do povo, que atribui competência à Justiça Constitucional para, inclusive, vincular órgãos do Estado; b) a capacidade técnica dos membros, aprovados em concurso público, ou escolhidos obedecendo a critérios nos quais normalmente se está incluído o notável saber; e c) a promoção dos direitos fundamentais não deve depender apenas da vontade das majorias, pois as minorias também tem direitos fundamentais que são mais facilmente protegidos por quem não está sujeito ao escrutínio popular de tempos em tempos²⁹⁰.

Não se pode negar o elevado nível que o Poder Judiciário atingiu no direito brasileiro, com ápice a partir da Constituição da República de 1988, elaborada por representantes eleitos pelo povo para a Assembleia Nacional Constituinte. Gilmar Mendes destaca que

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito

²⁸⁹ TAVERES. Op. Cit. n. p.

²⁹⁰ TAVARES. Op. Cit. n. p.

comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados²⁹¹.

O regime jurídico estabelecido pela Constituição à magistratura exige, para ingresso inicial na carreira, o bacharelado em Direito, com, no mínimo, três anos de atividade jurídica. Para os tribunais há a previsão de outras formas de ingresso, exigindo-se geralmente notório saber jurídico.²⁹² A norma busca a seleção de pessoas qualificadas para exercício da judicatura, embora o acesso aos tribunais permita escolhas políticas, em atenção ao sistema de freios e contrapesos aplicado na relação entre os Poderes da República.

A dificuldade contramajoritária do Judiciário significa que juízes de cortes superiores, que não recebem voto popular, sobrepõem sua interpretação da Constituição à que foi realizada por agentes políticos com mandato eletivo e representatividade democrática, podendo os primeiros, inclusive, invalidar normas emanadas dos Poderes dos quais os segundos são membros²⁹³.

Apesar de vozes contrárias, essa competência é praticamente aceita em todo o mundo. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional, segundo Barroso, tem como base dois pilares: *a) a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos*²⁹⁴.

Assim, atualmente, a maior parte dos países confere ao Judiciário o papel de sentinela contra o risco de arbítrio das maiorias. O objetivo é evitar que o processo democrático seja deturpado e as minorias esmagadas. Isso parte do razoável consenso atual de que o conceito de democracia ultrapassa a ideia de governo da maioria, reclamando outros valores fundamentais, como o direito de cada indivíduo a igual respeito e dignidade, o que inclui ter seus interesses e opiniões levados em consideração²⁹⁵.

²⁹¹ MENDES; BRANCO, Op. Cit., p. 520.

²⁹² CRFB, arts. 93 e 94.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 174.

²⁹⁴ BARROSO, Curso..., Op. Cit., 2022, p 174.

²⁹⁵ BARROSO, Curso..., Op. Cit., 2022, p 174.

A democracia, nessa linha, possui a dimensão procedimental de ser o governo da maioria, mas também uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. Para além do direito de participação igualitária, democracia significa os vencidos participando do processo político, assim como os grupos minoritários também. Em quase todo o mundo a sentinela para que essas promessas se cumpram é o Judiciário, cujos membros não dependem de processo eleitoral, estando menos propensos à pressão popular, em contrapartida se exige argumentos normativos e racionais para amparar suas decisões²⁹⁶.

4.4 Alcance do precedente vinculante

Outro tema espinhoso é definir quem está vinculado pelo precedente, além das próprias partes no processo. Isso pode variar sensivelmente de Estado para Estado, no entanto é possível apresentar alguns pontos teóricos e práticos para qualquer ordenamento jurídico, como a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, uma constante e grave divergência na atividade jurisdicional de órgãos inferiores a um precedente ou decisão constitucional vinculante gera, segundo Tavares:

- (i) falência generalizada da capacidade pacificadora do Direito;
- (ii) descrédito da Justiça Constitucional enquanto defensora da Constituição e, por conseguinte, descrédito desta;
- (iii) aumento do volume de processos e do tempo necessário para alcançar a decisão, mesmo sabendo-se estar esta previamente determinada pela “regra” de Direito admitida (precedente).²⁹⁷

Esse cenário criaria, em nome da uma abstrata e mal conceituada liberdade de julgar, um facilitador para quem se utiliza do aparelho jurisdicional como ferramenta para contenção de direitos consolidados no sistema jurídico²⁹⁸. Para se evitar essa indesejada situação, necessário deixar claro quem está obrigado a cumprir e a aplicar o precedente.

²⁹⁶ BARROSO, Curso..., Op. Cit., 2022, p 174.

²⁹⁷ TAVARES. Op. Cit. n. p.

²⁹⁸ TAVARES. Op. Cit. n. p.

O dever de cumprir os precedentes tem como pilar o respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei.²⁹⁹ Em nível constitucional, Renato Gugliani assevera que *não se pratica supremacia constitucional sem a uniformidade do sentido normativo da Constituição e a consistência e a certeza de sua aplicação igualitária, além da garante de previsibilidade, continuidade e estabilidade da normatividade constitucional*³⁰⁰

No Brasil, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, com a inclusão do art. 103-A à Constituição, a vinculação do precedente constitucional alcança a Administração Pública, direta ou indireta, e os *demaís* órgãos do Poder Judiciário³⁰¹. Apesar do dispositivo tratar de súmula vinculante, a mesma ideia pode ser levada aos demais precedentes constitucionais vinculantes, até porque não há razão para a discriminação.

Assim, além da sociedade em geral, destinatária primeira do precedente vinculante, a fim de garantir a segurança jurídica em suas ações, ao saber de antemão como os tribunais entendem determinado caso, está obrigada a Administração Pública, seja direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da República. Isso porque embora a Administração Pública seja a função típica do Poder Executivo, as áreas meio de apoio à atividade legislativa, judiciária e dos órgãos autônomos (Ministério Público, Tribunais de Contas e Defensoria Pública) também fazem parte da Administração Pública.

A expressão *demaís órgãos do Poder Judiciário* deixa claro que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado a seus precedentes, podendo revisá-los. Isso vale para qualquer outro tribunal do qual seja emanado um precedente vinculante. Não fosse assim o direito se engessaria e não acompanharia a evolução das relações sociais.

No entanto, importante observar que quando o texto leva à interpretação de que a Corte Suprema não estaria vinculada a seus precedentes obrigatórios, é no sentido de que ela pode alterá-los. Obviamente que enquanto não se supera, o STF está obrigado a aplicar seus

²⁹⁹ ARROYO, Op. Cit., p. 212-213.

³⁰⁰ HERANI, Op. Cit., p. 54.

³⁰¹ CRFB, Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

precedentes.³⁰² O mesmo entendimento é válido para os precedentes de qualquer tribunal, o que se denomina *vinculação horizontal*.

Embora todos os juízes e tribunais possam, de modo incidental, fazer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos públicos, eles devem obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal, por ser este o guardião da Constituição. Isso vale para qualquer precedente contitucional, ainda mais àquelas em que o legislador elegeu como vinculantes. Nos dizeres de Marinoni:

O fato de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade obviamente não significa que ele não deve respeito às decisões do STF. Este respeito decorre logicamente da adoção do sistema de controle difuso e da atribuição ao Supremo do dever de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade da lei federal. Quando se tem claro que a decisão é um mero produto do sistema judicial, torna-se pouco mais do que absurdo admitir a possibilidade de o juiz ordinário contrariar as decisões do STF³⁰³. (grifos contidos no original)

Da leitura do dispositivo constitucional é possível extrair que não está vinculado o Poder Legislativo. A sua função principal é a criação do direito. Com efeito, a doutrina de Montesquieu atribuiu três funções ao Estado, conferindo à primeira delas a de estabelecer regras gerais, abstratas e impessoais que obrigam a todos. Essas regras de direito são as leis, daí decorre o nome emprestado a esse poder.³⁰⁴

Assim, o Legislativo é o órgão de onde se emanam as leis, fonte primária do direito em um Estado de Direito. Isso porque o poder emana do povo, que o exerce diretamente, ou por meio de seus representantes. Desse modo, o Parlamento, órgão de representação popular dedicado à atividade legislativa, não está vinculado pelo entendimento do Poder Judiciário, estando livre para legislar sobre matéria contida em qualquer precedente vinculante.

³⁰² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 489.

³⁰³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit, p. 490.

³⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139.

4.5 Publicidade dos precedentes

Outro assunto que importa registro é quanto ao conhecimento do teor dos precedentes. O Código de Processo Civil determina que os tribunais deem publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na *internet* (rede mundial de computadores) ³⁰⁵.

O valor publicidade, assim, foi prestigiado pelo legislador ante a dimensão de importância dos precedentes. Determina a lei que os precedentes sejam catalogados e organizados a fim de facilitar o acesso dos interessados, o que deve ser cumprido e respeitado pelos tribunais ³⁰⁶.

Para atender o comando legal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, por meio da Resolução n.º 444, de 25/02/2022, o Banco Nacional de Precedentes (BNP), que consiste em um repositório e plataforma tecnológica unificada de pesquisa textual e estatística nos termos do art. 1.º da resolução.

Segundo Fux a norma tem como objetivo *ampliar e facilitar o acesso aos precedentes firmados em todos os tribunais brasileiros, bem como o acompanhamento do andamento de procedimentos voltados para a criação dos precedentes* ³⁰⁷. A resolução classifica os precedentes em *qualificados* e em *sentido lato*.

Qualificados são os previstos nos incisos I a V do art. 927 do CPC, quais sejam: (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; e (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A norma traz lista exemplificativa de precedentes *em sentido lato* como pedidos de uniformização de interpretação de lei de competência do Superior Tribunal de

³⁰⁵ CPC, art. 927, § 5º.

³⁰⁶ FUX, Op. Cit., p. 922.

³⁰⁷ FUX, Op. Cit., p. 922.

Justiça, os enunciados de súmula do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais dos Tribunais de Justiça Militares, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e os pedidos representativos de controvérsia da Turma Nacional de Uniformização dos juizados especiais federais, bem como os precedentes normativos e as orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Está previsto na resolução que a pesquisa textual de precedentes possibilitará a utilização de conectivos de pesquisa semelhantes aos adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos tribunais superiores, permitindo recuperação assertiva e padronizada nacionalmente de informações sobre os precedentes.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm cumprido essa obrigação formal de publicidade de seus precedentes de modo uniformizado e catalogado como se pode verificar em acessos aos sítios eletrônicos desses tribunais. Há a publicação das decisões no Diário da Justiça eletrônico e abas com repositório de jurisprudência³⁰⁸. Essa disponibilização, cujo projeto gráfico tem melhorado ao longo dos anos, vem diminuindo a dificuldade de acesso de membros da comunidade jurídica ao conteúdo dessas decisões. Apesar do infundável número de precedentes, ao menos é possível encontrar essas decisões nos sítios eletrônicos dessas cortes superiores.

A Resolução n.º 444/2022 – CNJ, que cria o BNP, busca levar essa forma de publicidade às instâncias judiciais inferiores ao STF ao prever que o BNP será alimentado pelos tribunais e pela Turma Nacional de Uniformização dos juizados especiais federais (TNU). A regulamentação determina ainda que a pesquisa estatística de dados decorrentes dos precedentes apresentará informações para toda a *comunidade jurídica*, separada em painéis específicos, com informações sobre o tema e a classe.

No entanto, a sociedade, destinatária principal desses entendimentos, justamente para se garantir seus primorosos objetivos como a segurança jurídica nas relações e a previsibilidade das consequências dos atos e fatos jurídicos, ainda se encontra à margem dessa publicidade.

³⁰⁸ Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/>> e <<https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Inicio>> Acessos em 28/03/2023.

Os tribunais brasileiros ainda não encontraram meios para se comunicar de modo claro e fácil com a grande maioria (quase totalidade) dos jurisdicionados, não afetos à área jurídica.

Os termos técnicos e remissões a atos normativos dificultam sobremaneira a compreensão, por qualquer um do povo, sobre o entendimento dos tribunais. Essa circunstância acaba por evidenciar uma ineficiência nesse serviço de esclarecer a população, não se desincumbindo o Poder Judiciário do papel de garantir a contento a transparência aos atos públicos.

5 PRECEDENTES E CONFLITO ENTRE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA ORDINÁRIA

Uma das barreiras para a implementação de um efetivo sistema de precedentes está no conflito que não raras vezes se estabelece entre justiça constitucional e justiça ordinária decorrente da edição de um precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal.

A Corte Suprema, em diversas situações, profere decisões constitucionais vinculantes inapropriadas para resolver casos concretos que se avolumam nas instâncias ordinárias, trazendo efeito contrário ao buscado pelo instituto dos precedentes. Com efeito, em vez de pacificar as relações sociais e tratar jurisdicionados com isonomia, o que se vê é um sem-número de decisões afastando o precedente por entendê-lo inadequado.

Para isso, são utilizadas técnicas que não colaboram para o aprimoramento do sistema. Uma delas é a distinção inconsistente, na qual juízes e tribunais apresentam diferenças insuficientes a mero pretexto de não aplicar o precedente, o que faz multiplicar a interposição de recursos e reclamações. Por outro lado, algumas vezes, essa resistência da justiça ordinária tem levado à superação de precedentes no STF.

A seguir analisam-se três casos de precedentes vinculantes firmados pelo STF que encontraram resistência dos demais órgãos judiciais para sua fiel aplicação. Nos dois primeiros se chegou à superação do precedente, no terceiro o debate ainda continua enquanto aguarda uma solução que possa trazer economia processual e segurança jurídica. Após, são apresentadas reflexões sobre a desobediência da justiça ordinária aos precedentes constitucionais vinculantes.

5.1 Caso 1 – ADC 4 – Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública

Um caso de *overruling* (superação) decorrente da resistência das instâncias ordinárias ao cumprimento de precedentes constitucionais vinculantes é a decisão da Corte

Suprema brasileira que reconheceu a constitucionalidade da vedação ao deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública prevista na Lei n.º 9.494 de 10/09/1997.³⁰⁹

Na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 4 – ADC 4, o Presidente da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em conjunto, requereram ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a constitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 9.494/1997³¹⁰. O dispositivo em análise vedava a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública acaso a decisão acarretasse: (a) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) outorga de vencimentos; (c) a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que (d) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação³¹¹.

Os juízes e tribunais pelo país vinham deixando de aplicar o referido dispositivo por considerá-lo inconstitucional. Em razão disso, na ADC 4, os autores pediram o deferimento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal para o fim de determinar aos órgãos judiciais o cumprimento da norma.

A Corte Suprema, diante da multiplicidade de decisões provisórias que determinavam à Administração Pública o imediato pagamento de verbas de caráter alimentar, cuja recuperação pelos entes públicos é improvável, com afastamento do sistema de precatórios previstos na Constituição, considerou plausível a constitucionalidade do dispositivo em análise e deferiu liminar para determinar a suspensão da concessão de liminares que tivessem como pressuposto a inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 9.494/1997, sustando, inclusive, os efeitos futuros de decisões antecipatórias prolatadas anteriormente. A decisão foi tomada em 1998.³¹²

³⁰⁹ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., págs. 676/685.

³¹⁰ Lei 9.494/1997: “Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. Lei 4.348/1964: “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”; “Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. Lei 5.021/1966: “Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. [...] § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”. Lei 8.437/1992: “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. [...] § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”.

³¹¹ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., págs. 677.

³¹² MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., págs. 677.

A cautelar deferida não bem recebida pelas instâncias inferiores. Isso porque, embora houvesse um descontrole em relação às liminares contra a Administração Pública que importavam em pagamento de recursos que dificilmente seriam recuperados, por outro lado havia, em muitos casos, uma maciça violação de direitos nas áreas de pessoal e previdência que acarretavam o não pagamento ou corte de valores devidos aos beneficiários, de caráter alimentar, que ensejavam forte impacto na subsistência dos jurisdicionados.³¹³

Desse modo, a vedação de concessão de liminares que visassem o pagamento de verbas remuneratórias ou previdenciárias deixava os órgãos jurisdicionais vinculados impedidos de evitar arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, prolongando no tempo a violação de direitos, que somente poderiam ser solucionados com o trânsito em julgado das ações.³¹⁴

Essa situação causou a desobediência, cada vez mais frequente, dos órgãos vinculados à decisão cautelar tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Em um desses casos, em 2000, uma pensionista de servidor, de idade avançada, ajuizou ação requerendo antecipação de tutela para que fosse restabelecido o pagamento de parte de sua pensão, que teria sido ilegítimamente cortada. No mérito, havia jurisprudência do STF no sentido de que a supressão do pagamento era ilegítima.

O juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, então, deferiu antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS para o fim de determinar ao ente público o pagamento de complementação de valor de pensão ao autor da ação.

Alegando ofensa à medida cautelar proferida na ADC 4, o IPERGS apresentou a Reclamação n.º 1.132-1/RS provocando o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a decisão provisória concessiva de pagamento pela Administração Pública.

Ao analisar a decisão impugnada, a Suprema Corte entendeu que o caso específico possuía peculiaridades que o distinguiam da decisão cautelar proferida na ADC 4.

³¹³ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 677.

³¹⁴ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 677.

As razões para o *distinguishing* (distinção) foram as seguintes: (a) dada a idade avançada da autora, 86 anos, a impossibilidade de antecipação de tutela implicava negar-lhe o direito de acesso ao Judiciário porque a postulante poderia não viver até o momento da decisão de mérito; e (b) o pleito de restabelecimento do pagamento da verba estava alinhado com a jurisprudência do Supremo, no sentido da autoaplicabilidade do artigo 40, §5º, CF, com redação anterior à EC 20/1998, no qual o valor da pensão deve corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos pelo inativo em vida e que deveria ser revista na mesma data e proporção em que modificada a remuneração dos servidores em atividade³¹⁵.

Durante o julgamento da reclamação ainda se ponderou quanto à interpretação literal do art. 1º da Lei n.º 9.494/1997, que veda a concessão de tutela antecipada que acarrete pagamento a *servidor público* e não a *pensionista* de servidores. O fundamento é acessório, mas serviu para reforçar o entendimento pela distinção em relação ao precedente obrigatório.

Os órgãos judiciais passaram, então, a deferir pedidos de antecipação de tutela em demandas previdenciárias contra a Fazenda Pública que beneficiavam tanto *pensionistas*, como no caso analisado na Reclamação 1.132-1/RS, quanto *servidores inativos*, estes não abrangidos na distinção realizada pelo Supremo Tribunal Federal. A análise da idade da parte requerente também não fazia diferença nem o fato de não haver jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Suprema a amparar a tese levantada³¹⁶.

Desse modo, ocorreu uma verdadeira reinterpretação, pelas instâncias vinculadas, da *ratio decidendi* da decisão cautelar proferida na ADC 4 pelo STF, de modo que se excluiu da vedação da concessão de antecipação de tutela o pagamento de verbas previdenciárias, chegando até mesmo à concessão de aposentadorias³¹⁷.

Esse cenário acarretou a aplicação de distinções *inconsistentes* pelos órgãos inferiores fazendo com que estes deixassem de cumprir o precedente vinculante oriundo da Suprema Corte, pois o consideravam injusto e não concordavam com ele. Eis a ementa de alguns desses casos (grifou-se)³¹⁸:

³¹⁵ STF, DJU, 04.04.2003, Ag Rg na Rcl. n.º 1.132, rel. Min. Celso de Mello.

³¹⁶ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 678.

³¹⁷ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 679.

³¹⁸ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 679.

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE EM ATIVIDADE RURAL. PROVA INEQUÍVOCA (ART. 273 DO CPC). CERTIDÃO DE CASAMENTO EM QUE CONSTA A QUALIDADE DE AGRICULTOR DO MARIDO DA AUTORA. **1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é cabível a concessão de tutela antecipada em ações contra a Fazenda Pública, quando a matéria discutida é de natureza previdenciária.** 2. Segundo o art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão de tutela antecipada depende de prova inequívoca que conduza à verossimilhança das alegações do autor. 3. A certidão de casamento em que consta a qualidade de agricultor do marido da autora consubstancia-se, para fins de tutela antecipada, como a prova inequívoca prevista no mencionado artigo, já que ela é apta a fundamentar a procedência do pedido segurado. 4. Agravo improvido.³¹⁹

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO. EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO AGRAVADO FAZER JUS AO BENEFÍCIO, CONSIDERANDO-SE PROPORCIONALMENTE O AFASTAMENTO, DECORRENTE DA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, ATÉ A CONCESSÃO DA ANISTIA, NOS MOLDES DA LEI Nº 6.683/79. FATOS INCONTROVERSOS. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE FUNDADA NOS TERMOS DA LEI Nº 9.494/97, ART. 1º. VIOLÊNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DA ADC Nº 04-DF. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. **1. Em decorrência da natureza alimentar do benefício e da existência de inúmeros precedentes jurisprudenciais albergando o direito invocado pela parte, não há que se falar em vedação à tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Precedentes do Eg. STF e Eg. STJ.** 2. Agravo de Instrumento improvido.³²⁰

³¹⁹ TRF5, DJ 06 set.2002, AG 200205000062340, rel. Des. Paulo Gadelha.

³²⁰ TRF2, DJU 18 out. 2002, AG 2000.02.01.013101-9, rel. Des. Rogério Carvalho.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. LEI 9.494, DE 1997. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE. AVERBAÇÃO. **1. Não se tratando de questão objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, é possível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.** **2. Tratando-se de questão de natureza alimentar, há sempre um dano irreparável para aquele que vive de salários. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhos princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4, (cf. Reclamações ns. 1.157, 1.022 e 1.104 ajuizadas pelo INSS).** **3. Tem o trabalhador direito à conversão do tempo trabalhado em atividade insalubre, quando submetido ao regime celetista, para fins de aposentadoria no regime jurídico único.**³²¹

O primeiro julgado deferiu antecipação de tutela para concessão de aposentadoria. No segundo houve o restabelecimento de aposentadoria por invalidez. E no terceiro garantiu-se aposentadoria por tempo de serviço com proventos integrais. O primeiro e terceiro casos se refere à concessão de benefício e não ao restabelecimento de verba cortada. Nenhum dos casos trata de pensão ou de pessoa com idade avançada. As situações fáticas eram de trabalhadores da ativa sem ameaça para a subsistência. Em alguns desses não foram levantadas teses sobre a existência de entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal.³²²

Destarte, consolidou-se nos órgãos judiciais vinculados o entendimento de que antecipações de tutela relativas a benefício previdenciário não estavam acobertadas pela vedação contida no art. 1.º da Lei 9.494/1997 ou na decisão da ADC 4, mesmo que não houvesse outras condicionantes, semelhantes ou não às contidas no julgamento da Reclamação 1.132-1/RS.³²³

³²¹ TRF1, DJ 28 nov. 2002, AG 2002.01.00.014905-2, rel. Des. Tourinho Neto.

³²² MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 679.

³²³ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 679.

Para Patrícia Mello e Paula Baqueiro, a estratégia adotada pelas instâncias inferiores era clara: interpretavam da forma mais ampla possível a distinção feita pelo STF no julgamento da Reclamação 1.132-1/RS, abrاندando o alcance da *ratio decidendi* da ADC 4. Desse modo o caminho era o da corrosão da norma extraída do precedente obrigatório decorrente da decisão cautelar do STF no processo objetivo³²⁴.

A multiplicidade de decisões tomadas pelos órgãos judiciais vinculados concedendo verbas previdenciárias em sede de antecipação dos efeitos da tutela acarretaram uma grande quantidade de reclamações no STF por meio das quais o Poder Público requeria a cassação das decisões sob o fundamento de desrespeito à decisão vinculante na ADC 4³²⁵.

Diante desse cenário, o STF reapreciou a questão e aperfeiçoou o precedente, alterando parcialmente, do qual resultou na edição da Súmula 729 com a seguinte redação: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.³²⁶

A partir daí o STF vem conferindo interpretação restritiva ao previsto no art. 1.º da Lei n.º 9.494/1997, reduzindo sua abrangência e negando reclamações em alguns casos em que entende cabíveis a antecipação de tutela contra o Poder Público, mesmo que acarrete pagamento em dinheiro³²⁷. Como exemplo, o Tribunal se manifestou pela possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de parcela indenizatória³²⁸.

Verifica-se, portanto, que as instâncias inferiores resistiram em atender ao precedente vinculante, forçando uma *distinção inconsistente* ou alargamento sobremaneira a distinção feita pelo STF, para o fim de conceder antecipações de tutela contra a Fazenda Pública, o que acarretou um grande volume de reclamações na Corte Suprema. Essa situação

³²⁴ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 679.

³²⁵ STF, Rcl 798-2-PA, rel. Min. Octavio Galotti, DJ, 08 set. 2000; STF, Rcl 1015-5-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 24 ago. 2001; STF, Rcl 1.122-4-RS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 06 set. 2001; STF, Rcl 1.014-7-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 14 dez. 2001; STF, Rcl 1.603-0-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.601-3-SE, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.257-3-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 07 fev. 2003; STF, Rcl 1.578-5-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 21 fev. 2003; STF, RclAgR 1.020-1-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ, 21 fev. 2003.

³²⁶ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 680.

³²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14. ed. rev., atual., e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 309.

³²⁸ STF, Pleno. Rcl-AgR 5.174/ES. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 27/11/2008, DJe 06/02/2009.

acabou por fazer a Corte Suprema rever sua decisão obrigatória, para aperfeiçoá-la, em um diálogo entre as instâncias, superior e subordinadas, até a cristalização do entendimento³²⁹.

5.2 Caso 2 – ADI 1232 – Critério para aferição da necessidade para concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC

Outro caso que acarretou mais um embate entre STF e justiça ordinária decorrente de um precedente constitucional vinculante é a matéria afeta à demonstração de miserabilidade para fins de pagamento de benefício assistencial de prestação continuada – BPC.

A Constituição da República de 1988 previu no art. 203 que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à previdência. Dentre seus objetivos se encontra a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou idosa que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei³³⁰.

Essa lei é a de n.º 8.742, de 07/12/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que estipulava, no § 3.º do art. 20³³¹, que a família cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo teria direito ao BPC.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.232 (ADI 1232) teve por objeto exatamente a análise da inconstitucionalidade do §3º do artigo 20 da LOAS. Os autores alegaram que a norma constitucional estabeleceu o direito ao BPC a qualquer pessoa com deficiência ou idosa que não possuísse meios de prover seu sustento ou de tê-lo provido pela família e que a norma impugnada, ao estabelecer renda per capita familiar como critério único para comprovar miserabilidade restringia o alcance da norma prevista no art. 203, V, da Constituição da República³³².

³²⁹ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 680.

³³⁰ CRFB, art. 203, caput, e inciso V.

³³¹ Redação original: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. [...]. §3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”.

³³² MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 680.

Para o Procurador-Geral da República, autor da ação, uma família poderia ter renda maior que a prevista no dispositivo e, por outros motivos ou dificuldades enfrentadas pelo pretenso beneficiário ou outros membros, não ter condições de manter a pessoa com deficiência ou idosa de forma digna. Desse modo, se defendeu que a norma não criasse critério único, podendo ser adotadas outras formas de comprovação de hipossuficiência, sob pena de não cumprimento do preceito constitucional, excluindo do acesso ao benefício pessoas em situação de miserabilidade³³³.

A ADI foi julgada improcedente em agosto de 1998. O STF entendeu que a Constituição garantiu o direito ao benefício desde que comprovada a situação de miserabilidade “conforme dispuser a lei” e que, por esse motivo, o argumento de que a lei estaria restringindo ilegitimamente o direito não prosperava. A lei previu critério objetivo e poderia prever outras hipóteses em que o benefício seria devido, mas não cabia ao Judiciário adotar meios diferentes³³⁴.

Esse entendimento do STF não foi acatado em sua integralidade pelas instâncias vinculadas. Os juízes e tribunais admitiam a comprovação da miserabilidade por outros meios que não somente o previsto na LOAS, embora se fundamentasse na constitucionalidade do dispositivo legal. O STJ, por exemplo, passou a entender que a previsão legal de renda familiar de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo representaria uma hipótese garantida de direito ao benefício, mas que não excluía outras³³⁵.

Nessa linha, os Tribunais Regionais Federais ora aplicavam *distinção inconsistente*, ora violavam diretamente o precedente obrigatório oriundo do julgamento da ADI 1232³³⁶. Entendia-se que o requisito para obtenção do BPC era a condição de miserabilidade, independente do meio de comprová-la³³⁷; que a previsão do § 3.º do art. 20 da LOAS trazia uma presunção de ausência de condições de sobrevivência, não afastando a prova por outros meios³³⁸; que restringir o acesso ao benefício ao cumprimento apenas em caso do

³³³ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 680.

³³⁴ STF, Pleno, ADI 1232, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ, 01.06.2001.

³³⁵ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 681.

³³⁶ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 681.

³³⁷ STF, Pleno, ADI 1232, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ, 01.06.2001.

³³⁸ TRF1, AC 1998.01.00.0522769, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares, j. 10.09.2002, DJ, 17 out. 2002.

³³⁹ TRF3, AC 00477877920004039999, rel. Des. Nelson Bernardes, j. 16.02.2004, DJU, 18.05.2004; TRF5, AC 200205000042480, rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, DJ, j. 18.11.2013, 12.05.2004; TRF5, AC 200180000073141, rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães, j. 18.11.2003, DJ, 12.05.2004.

cumprimento desse requisito legal seria uma interpretação “odiosa”³³⁹; e que esse critério legal é “fictício e distante da realidade por que passa o brasileiro pobre”, se afastando do objetivo da norma constitucional³⁴⁰.

A relutância dos órgãos judiciais inferiores em aplicar o precedente constitucional levou, também neste caso, a um elevado volume de reclamações ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, a Corte confirmou seu entendimento, ao julgar a Reclamação 2.303/RN, afirmando-se que não se poderia deixar ao alvedrio de cada magistrado o estabelecimento de critérios para concessão do BPC, sem previsão legal e mesmo orçamentária³⁴¹.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter reafirmado seu entendimento, as instâncias vinculadas permaneceram sem obedecer ao precedente. Nesse ínterim, outros benefícios foram criados e o Legislador previu critérios mais acessíveis para comprovação da necessidade. Por exemplo, a Lei n.º 9.533/1997, que dispôs sobre programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), previram o direito ao benefício a famílias como renda *per capita* inferior a meio salário-mínimo³⁴².

Nessa linha foi editada, ainda, a Lei n.º 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, prevendo o direito à percepção do benefício a famílias com renda mensal por pessoa de até R\$ 120,00 (art. 2.º, § 3.º). O valor do salário-mínimo em 2004 era de R\$ 260,00, de modo que ¼ (um quarto) do valor critério adotado pela LOAS seria de até R\$ 65,00. Essas distorções em relação a comprovação da necessidade prevista nessas leis em relação ao critério para direito ao BPC reforçavam o entendimento das instâncias ordinárias de que a previsão do § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/1993 era irrazoável³⁴³.

Com isso, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, os Ministros, em decisões monocráticas, passaram a acolher a possibilidade de outros meios de comprovação da necessidade por pessoas com deficiência e idosas para concessão do BPC. Assim, o precedente

³³⁹ TRF3, AC 200003990175817, rel. Juiz conv. Gilberto Jordan, j. 13.06.2000, DJ, 05.09.2000.

³⁴⁰ TRF2, AG 00035284520034020000, rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 19.05.2004, DJU, 27.07.2004

³⁴¹ STF, Pleno, Ag. Reg. Rcl. 2.303, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.05.2004, DJ, 01.04.2005.

³⁴² MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 682.

³⁴² STF, Pleno, ADI 1232, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ, 01.06.2001.

³⁴³ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 682.

firmado na ADI 1232 começou a ser afastado pelos próprios membros da Corte que emitiu a decisão vinculante³⁴⁴.

O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, alegou ter ocorrido um processo de “inconstitucionalização por omissão” do §3º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/1993 frente ao previsto no art. 203 da Constituição Federal, de modo que o STF avançava no sentido de admitir outros meios de prova de miserabilidade além da renda por pessoa³⁴⁵.

Os indicativos do processo de inconstitucionalização, segundo o Ministro, são (a) a multiplicidade de casos em que os órgãos judiciais inferiores se manifestaram pela insuficiência do critério adotado pela LOAS para aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência ou idosa, admitindo outros meios de comprovação e (b) o advento de leis com requisitos mais brandos para o acesso a benefícios assistenciais.

Para Patrícia Mello e Paula Baqueiro, esse processo de inconstitucionalização a que se referiu o Ministro Gilmar, correspondia *ao processo de corrosão da força normativa do precedente do Supremo, em virtude de sua evidente rejeição pelas cortes vinculadas*³⁴⁶.

Até que em abril de 2013 o Supremo Tribunal Federal julgou os Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, com repercussão geral reconhecida, fixando o entendimento de que o critério de renda por pessoa de ¼ (um quarto) de salário-mínimo poderia ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de necessidade da pessoa com deficiência ou idosa e de sua família para concessão do BPC.³⁴⁷

Mais um exemplo da produção de um precedente vinculante pelo Supremo Tribunal Federal que não garantiu a estabilização do direito, não conseguiu impor o entendimento da Corte Maior às instâncias inferiores, nem conseguiu que se prevalecesse o entendimento do Tribunal Constitucional, mesmo com o passar do tempo. Diante da resistência

³⁴⁴ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 682.

³⁴⁵ STF, Rcl 4374 MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 01.02.2007, DJ, 06.02.2007, decisão monocrática.

³⁴⁶ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 682.

³⁴⁷ STF, RE 580.963, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 14.11.2013; RE 567.985, Pleno, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 03.10.2013.

dos demais órgãos judiciais em aplicar o precedente, o Supremo Tribunal superou o entendimento anterior e passou a adotar o posicionamento dos juízes e tribunais vinculados.³⁴⁸

Apesar da obtenção da estabilidade da situação, o jurisdicionado que buscou a Justiça durante o período de conflito ficou à mercê da sorte de encontrar um juiz ou tribunal que aplicasse fielmente ou afastasse o precedente firmado. Esse cenário é mais uma demonstração de que ainda se caminha para a formação de precedentes adequados.

5.3 Caso 3 – ADC 16 e RE 760.931/DF – Responsabilidade da Administração Pública na terceirização

Inicialmente registra-se que este caso teve maior aprofundamento neste trabalho tanto pela repercussão e relevância da matéria, com multiplicidade de ações judiciais, que atingem todos os entes públicos de quaisquer das esferas, quanto pelo motivo de que ainda hoje não se encontra pacificado o entendimento, tendo novamente o Supremo Tribunal Federal reconhecido repercussão geral com Tema 1118, pendente de julgamento.

A Administração Pública tem muitas atribuições e não pode executá-las todas diretamente por meio de seus órgãos e servidores. Então, para cumprir suas finalidades, se utiliza da contratação de terceiros, assim como fazem as pessoas jurídicas de direito privado. A terceirização traz diversos benefícios como a especialização, redução de custos, eficiência, produtividade e competitividade.

Por outro lado, como se trata de uma relação trilateral: empresa tomadora de serviços, empresa de serviço temporário e empregados, questões como encargos tributários e trabalhistas podem causar problemas. E, na relação específica com a Administração Pública, esse tema ganha ainda mais relevância em virtude da previsão legal e do entendimento dos tribunais pátrios sobre a matéria.

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, antiga lei de licitações e contratos, tentou afastar a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, atribuindo ao

³⁴⁸ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., pág. 682.

contratado essa responsabilidade. No entanto, essa previsão legal gerou um problema a se resolver: em caso de inadimplemento do contratado, como ficam os empregados, parte reconhecidamente mais fraca na relação?

A Constituição Federal e o direito brasileiro protegem o trabalho e o trabalhador. Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil são os valores sociais do trabalho, ao lado da livre iniciativa. O art. 7º da Carta Maior elenca um extenso rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Reforça esse entendimento a existência de uma justiça especializada para tratar de questões trabalhistas. E é justamente essa parte do Poder Judiciário que não acolheu o dispositivo legal que previa a ausência de transferência de responsabilidade do contratado para Administração Pública em relação aos direitos trabalhistas inadimplidos pelo primeiro.

Diante disso, tem-se travado um debate jurídico sobre a responsabilidade da Administração Pública nesses casos. Os entes públicos contratantes tentando fazer valer a previsão legal, o Supremo Tribunal Federal se manifestando pela constitucionalidade da previsão legal contida na lei de licitações e contratos, os juízes e tribunais do trabalho encontrando formas de responsabilizar o Poder Público contratante, principalmente baseados na culpa *in vigilando* ou no ônus da prova da fiscalização.

5.3.1 Terceirização na Administração Pública

A terceirização de serviços pode ser entendida como um processo de gestão empresarial em que se transfere para terceiros a execução de tarefas que, inicialmente, seriam executadas pela própria empresa tomadora dos serviços. É uma maneira de execução indireta de certas atividades da empresa. Trata-se de uma parceria em que determinada mão-de-obra é transferida para outros trabalhadores, mais especializados, aumentando a competitividade da empresa³⁴⁹.

³⁴⁹ VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo*: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 39.

Amauri Mascaro Nascimento bem esclarece do que se trata, chamando atenção para suas consequências³⁵⁰:

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas e também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

Pelo menos no Brasil, o conceito de terceirização esteve sempre ligado *a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio*³⁵¹, em definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Em sentido próximo, para Sérgio Pinto Martins³⁵², *consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa*.

Por outro lado, mais recentemente, autores como Diogo Palau Flores dos Santos trazem definições originadas do inglês tratando também da terceirização da atividade-fim³⁵³:

Costuma-se dizer que, quando o processo a ser terceirizado é anterior ao dominado pela empresa, relacionado ao que se denomina de “atividade-meio”, a terceirização é “a montante”, ou *upstream*; já quando a terceirização a ser realizada é um passo a mais em direção ao consumidor final, relacionado ao

³⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri. Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, n. p.

³⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p.174

³⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. *Terceirização: Licitude e Limites*. Jornal Carta Forense. São Paulo, edição de 01.07.2008. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso em 09/11/2021.

³⁵³ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. IDP – Linha Pesquisa Acadêmica – *Terceirização de serviços pela Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, n. p.

que se denomina de atividade-fim, a terceirização é “a jusante”, ou *downstream*. (grifos no original)

A Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017, que deu nova redação a diversos artigos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, trouxe a possibilidade da terceirização tanto da atividade-meio quanto da atividade-fim. O art. 9º, § 3º, da lei de 1974, agora prevê: *o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços*. Essa lei ainda trouxe, em dispositivos incorporados à Lei n.º 6.019/1974, outros conceitos importantes:

Art. 2º **Trabalho temporário** é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

(...)

Art. 4º **Empresa de trabalho temporário** é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Art. 5º **Empresa tomadora de serviços** é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei. (grifou-se)

Em razão da cultura brasileira de se entender a terceirização como contratação de serviços de atividade-meio, há bastante discussão jurídica sobre a matéria, chegando a questão à Corte Suprema. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 324 e do Recurso Extraordinário – RE 958.252/MG – Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da terceirização em todas as etapas do processo produtivo. A teses firmadas foram as seguintes³⁵⁴:

ADPF 324

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante:

³⁵⁴ STF. Plenário. ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, e RE 958.252/MG - RG, Rel. Min. Luiz Fux. Julgados em 30/08/2018.

- i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e
- ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

RE 958252/MG

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Em relação à Administração Pública, o conhecido Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, editado no período militar, já regulamentava a terceirização, incentivando-a, inclusive. O § 7.º do art. 10 define seu objetivo, prevendo:

§ 7.º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com a redemocratização, a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, previu a contratação de pessoas jurídicas para execução indireta dos serviços na Administração Pública:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para regulamentar esse comando constitucional foi editada a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que teve vigência até 1.º de abril de 2023, dois anos após a publicação da Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nos termos do art. 191, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021, durante o período de 1.º/04/2021 a 1.º/04/2023, a Administração poderia optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a lei nova ou com o regramento previsto na Lei n.º 8.666/1993 (antiga lei de licitações e contratos), a Lei nº 10.520/2002 (lei do pregão), e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (lei do RDC). Desde 02 de abril de 2023 apenas a nova lei está vigente.

Os benefícios da terceirização na Administração Pública vão desde a agilização dos serviços à promoção do mercado das empresas privadas prestadoras de serviços terceirizados.³⁵⁵ Outros aspectos positivos apontados para a utilização da terceirização estão nas dificuldades que podem ser dirimidas, tais como eventuais greves dos servidores públicos, percalços em sancioná-los, possível desinteresse do agente e impossibilidade de substituição imediata da mão-de-obra.³⁵⁶

No entanto, como visto, nem só vantagens a terceirização de serviços traz à Administração Pública. Uma situação que pode trazer diversos problemas e prejuízos é a responsabilidade do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, cujo tratamento jurídico será a seguir abordado.

5.3.2 A evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas na terceirização

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, antiga lei de licitações e contratos, tratava da responsabilidade da Administração Pública em relação à terceirização. O art. 71, §1º, previa:

³⁵⁵ GIRARDI, Dante. *O impacto da Terceirização nas Organizações: Evolução histórica e tendências*. Florianópolis: Ed. Pandion, 2008, pág. 64.

³⁵⁶ VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 40.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

O dispositivo excluiu a responsabilidade do ente público contratante pelo inadimplemento do contratado, o que gerou uma desproteção aos empregados da empresa contratada. Tal previsão, no entanto, não foi acolhida pela Justiça do Trabalho, que a afastava, sem declarar sua inconstitucionalidade. Nesse caminho contrário à norma legal, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a editar enunciado sumular:

TST. Súmula 331

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Esse verbete sumulado passou a ser o fundamento utilizado pelos juízes e tribunais do trabalho para afastar o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e responsabilizar a Administração Pública pelos direitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada, desde que tenha participado do processo judicial e conste como devedora no título executivo correspondente.

Esse comportamento da justiça laboral demonstra a sua tradicional inclinação pela proteção dos empregados, parte reconhecidamente mais fraca na relação de trabalho. Ocorre que as obrigações decorrem da lei e essa é oriunda do Parlamento, sede própria onde os membros são legitimamente eleitos pelo povo, o verdadeiro detentor do poder nos termos do

parágrafo único do art. 1º da CRFB/1988³⁵⁷. Ao Judiciário cabe a interpretação das normas jurídicas, que não pode ser realizada *contra legem*, a não ser que seja declarado inconstitucional o dispositivo legal afastado.

Diante desse panorama de incertezas jurídicas, a União ingressou com uma Ação Direta de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, que recebeu o número 16, tendo por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

Acolhendo a ADC 16, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo, entendendo pela impossibilidade de transferência automática à Administração Pública dos encargos não adimplidos pelo contratado. A ementa do Acórdão restou assim redigida na parte que aqui mais interessa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...] ³⁵⁸

Durante esse julgamento, em *obiter dictum*, alguns Ministros mencionaram que o Poder Público tem o dever de selecionar a empresa de modo adequado e o de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas. Caso o ente público contratante não se desincumbia desse ônus pode ser responsabilizado por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Essa discussão, no entanto, não chegou a ser deliberada, não fazendo parte da decisão vinculante³⁵⁹.

A justiça trabalhista, então, passou a utilizar a questão levantada em *obiter dictum* para condenar o Poder Público. A tese da culpa *in eligendo* foi afastada em caso de licitação. Assim, acaso houvesse comprovação de culpa da Administração Pública na

³⁵⁷ *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

³⁵⁸ STF, Plenário. ADC 16. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 24.11.2010.

³⁵⁹ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., p. 683.

fiscalização contratual, o ente público seria condenado de modo subsidiário³⁶⁰. O Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, aditou a Súmula 331 para incluir novo inciso:

TST. Súmula 331

(...)

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

O que se viu a partir daí, na prática, foi uma enxurrada de decisões entendendo pela existência de culpa *in vigilando* sem restar demonstrada qualquer falha na fiscalização. Outras decisões foram no sentido de que o inadimplemento do contratado comprovava a falha na fiscalização, o que configura transferência automática de responsabilidade, em clara afronta ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16. Assim houve mudança apenas do fundamento, mas o resultado do direito aplicado continuava o mesmo³⁶¹.

Outra oportunidade de se resolver o problema ou atenuá-lo foi o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 730.931/DF³⁶², com repercussão geral reconhecida. No entanto, a Corte Suprema se dividiu, e apesar das muitas discussões, a tese não trouxe elementos capazes de afastar a questão do reiterado descumprimento por parte da Justiça do Trabalho em relação à ADC 16.

³⁶⁰ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., p. 683.

³⁶¹ MELLO, *Distinção...*, Op. cit. p. 683. Patrícia Mello e Paula Baqueiro apresentam diversas decisões proferidas pelo STF, em sede de reclamação, que comprovam isso: “No caso, observa-se que o acórdão reclamado, embora tenha concluído pela inexistência de ofensa ao decidido no julgamento da ADC 16, aplicou de maneira automática no caso enunciado da súmula 331, IV, do TST, sem indicação de conduta específica da Administração Pública que pudesse fundamentar a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas” (STF, Rcl 14430, rel. Min. Teori Zavascki, monocrática, j. 26.06.2013, DJe, 01.07.2013). No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, Rcl 16.846 AgR, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 19.05.2015, DJe, 05.08.2015; Rcl18.141, rel. Min. Luiz Fux, monocrática, j. 12.08.2014, DJe, 15.08.2014; Rcl 19.771, rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, j. 06.03.2015, DJe, 11.03.2015).

³⁶² STF. Plenário. RE 760.931/DF, rel. p. Acórdão Min. Luiz Fux, DJe, 12.09.2017.

A referida tese ficou assim definida: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”

No julgamento dos embargos de declaração, a Suprema Corte reafirmou que a responsabilidade subsidiária do ente público não é automática, esclarecendo que para isso é necessária a comprovação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Por outra banda, foi afirmada a obrigação da Administração Pública em fiscalizar os contratos administrativos. Veja-se a ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Tal situação não representou mudança considerável na justiça laboral. Os juízes e tribunais trabalhistas passaram a inverter o ônus da prova para que ela, Administração Pública, comprovasse a efetiva fiscalização do contrato³⁶³. Além disso, os julgados da justiça trabalhista aduzem que esse posicionamento não descumpra as decisões constitucionais

³⁶³ Essa posição é adotada, também, por parte da doutrina. Luciano Martinez, por exemplo, defende que *a prova de que a fiscalização foi realizada e devidamente cumprida cabe à Administração Pública, pois não se pode exigir dos terceirizados o ônus de demonstrar o descumprimento de um dever legal da beneficiada direta pela força de trabalho*. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, n. p.

vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral, pois ônus da prova seria matéria infraconstitucional. Eis a ementa de alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho (grifou-se):

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*.

Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa *in vigilando*. Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, incluindo o item V. Registre-se ainda, por oportuno, a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que exige a prova efetiva e concreta da ausência de fiscalização e da configuração da culpa *in vigilando* da administração pública. Além disso, a eg. **SBDI-1**, em sessão realizada no dia 12/12/2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, entendeu que a questão relativa ao ônus da prova da fiscalização do contrato tem caráter infraconstitucional, não tendo sido brandida nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760.931, razão pela **qual aquela Subseção fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, repelindo o entendimento de que o encargo era do empregado**. Portanto, o v. acórdão recorrido, ao determinar a responsabilidade subsidiária do ente público, através da caracterização de sua culpa *in vigilando*, uma vez que verificada a omissão na fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora dos serviços, está em consonância com a iterativa e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente o item V da supramencionada Súmula 331, incidindo, portanto, o óbice do artigo 896, § 7º, da CLT c/c a Súmula 333/TST. Não desconstituídos, portanto, os fundamentos do r. despacho agravado. Agravo conhecido e desprovido" (Ag-AIRR-25-75.2020.5.11.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/05/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PARTE RÉ. LEI Nº 13.467/2017. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. CRÉDITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 382 DA SBDI-1 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA.

Não se constata a transcendência da causa, no aspecto econômico, político, jurídico ou social. Agravo de instrumento conhecido e não provido, por ausência de transcendência da causa. RECURSO DE REVISTA DA PARTE RÉ. LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA Nº 246 DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331 DO TST. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. No julgamento do RE nº 760.931, **o Supremo Tribunal Federal** firmou no Tema 246, de repercussão geral, que: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". **Em sede de embargos de declaração, ao rejeitar a solução proposta pelo Relator, deixou claro que não fixou tese quanto à definição do ônus da prova referente à efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, por se tratar de matéria infraconstitucional, na linha de sua pacífica jurisprudência,** de que são exemplos os seguintes precedentes: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. Em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Nesse contexto, **a SDI-1 desta Corte Superior, em sessão com sua composição completa, realizada no dia 12/12/2019, ao julgar o E-RR-925-07.2016.5.05.0281, assentou que caberia a esta Justiça Especializada resolver a aludida questão jurídica e definiu ser do tomador o encargo de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o**

contrato de prestação de serviços, por ser obrigação que decorre de forma ordinária da aplicação sistemática de vários dispositivos da Lei nº 8.666/93, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. No caso, o Tribunal Regional consignou que o ente público não se desincumbiu do ônus de provar haver sido diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Assim, sua condenação subsidiária não contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e se alinha à jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido" (ARR-1758-57.2017.5.11.0011, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 07/05/2021).

Essa posição da justiça trabalhista tem gerado a apresentação de diversas reclamações ao Supremo Tribunal Federal que, em muitos casos, tem cassado as decisões do Tribunal Superior do Trabalho que acolhem a culpa *in vigilando* da Administração Pública sem a efetiva comprovação de falha na fiscalização³⁶⁴. Veja-se alguns exemplos com trecho das ementas dos acórdãos dos Agravos Regimentais nas Reclamações 36.958, 40.652, 40.759 e 42.210³⁶⁵ (grifou-se):

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a Repercussão Geral sobre a questão de responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço na ADC 16 e no RE 760.931 Tema 246-RG. Mostra-se incompatível com tais precedentes, portanto, o reconhecimento, pelo TST, da ausência de transcendência da matéria, motivo pelo qual supero a questão para analisar a questão de fundo.

³⁶⁴ Gustavo Garcia, analisando os julgados, conclui: *Nessa linha, pode-se defender que, conforme o caso concreto e as suas peculiaridades, excepcionalmente, é possível a responsabilização do ente público tomador dos serviços terceirizados, quando houver fundada demonstração de que incorreu em dolo ou culpa na fiscalização contratual.* In: *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, n. p.

³⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. *Rcls* 36.958 AgR/SP, 40.652 AgR/DF, 40.759 AgR/SE, Red. Acórd. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/09/2020. DJe, 05/11/2020. *Rcl* 42.210 AgR/AM. Julgado em 14/05/2021. DJe, 26/05/2021.

2. Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o **Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador.**

3. No caso sob exame, **não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente da agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16.**

Desse modo, continuou o panorama de sempre: a Justiça Trabalhista condenando a Administração Pública pelo inadimplemento do contratado em relação aos direitos trabalhistas dos empregados de modo, praticamente, automático, sem demonstração da efetiva culpa *in vigilando* do contratante, com base no entendimento de que é a Administração Pública que tem que comprovar a efetiva fiscalização, em desrespeito às decisões vinculantes contidas na ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral.

Prova disso é que a Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, que tem competência de uniformizar o entendimento das turmas naquele tribunal, decidiu que é do ente público o ônus da prova na matéria relativa à responsabilidade subsidiária.³⁶⁶ Assim a Corte Superior Trabalhista reforçou o entendimento sedimentado pelos juízes e tribunais obreiros no sentido de que cabe ao ente público provar que houve fiscalização do contrato de terceirização.

Essa situação levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer repercussão no RE 1.298.647, em que se discute à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal a legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público.

³⁶⁶ TST. SDDI-I. E-RR-925- 07.2016.5.05.0281, Ministro Claudio Brandao, DEJT 22/5/2020.

Assim, o Tema 1118 (RE 1.298.647) trata do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246), a ser julgado pela Corte Suprema.

Por outro lado, a par da questão processual, a Administração Pública deve promover uma maior fiscalização dos contratos, por meio de mecanismos que possam aferir e acompanhar a efetivação dos encargos trabalhistas pelas empresas contratadas, evitando, assim, o prejuízo de pagar duas vezes, pelo contrato e pela inadimplência de empresas que vencem licitações sem condições de executar as atividades decorrentes da contratação.

5.3.3 Considerações sobre a divergência entre Supremo Tribunal Federal e justiça trabalhista

Assim, no caso aqui estudado, responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas em caso de inadimplemento desta última, a justiça trabalhista vem a todo momento buscando caminhos e esforços argumentativos para se esquivar da aplicação do entendimento vinculante dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral.

Com efeito, quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que não podia haver transferência automática de responsabilidade ao ente público tomador do serviço, a justiça trabalhista começou a decretar a existência de culpa *in vigilando* independentemente de qualquer comprovação de falha na fiscalização do contrato.

E, mesmo depois de outra decisão constitucional vinculante que prevê que deve ser comprovada a falha na fiscalização do contrato para se aplicar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, os juízes e tribunais trabalhistas passaram a inverter o ônus da prova em desfavor do ente público contratante.

Para Patrícia Mello e Paula Baqueiro, houve, no caso, uma superação de precedentes, um *overruling*, no qual o Supremo Tribunal Federal, apesar de fazer constar na parte dispositiva vinculante a higidez do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em *obiter dictum*, deixou assentado a possibilidade de comprovação de culpa *in vigilando*, argumento do qual a

justiça laboral vem se utilizando para decidir pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública³⁶⁷.

As juristas observam três fatores nessa questão: (i) *a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF*, (ii) *as múltiplas decisões inconsistentes* e (iii) *um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal*³⁶⁸.

Vê-se, assim, a dificuldade que se tem para deixar clara a *ratio decidendi* de um precedente vinculante. Como as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal, tanto no julgamento da ADC 16 e quanto do RE 760.931/DF – repercussão geral não ficaram claras, tendo nesta última, inclusive, o Tribunal se dividido em dois blocos, sem se chegar a um consenso quanto aos requisitos para se responsabilizar o ente público contratante no caso em estudo.

Nesse passo, a superação do precedente não foi consistente, dando margem a interpretações divergentes e afastadas das razões de decidir, dificultando a vinculação, perdendo um dos pilares do sistema de precedentes que é a segurança jurídica.

O cenário é de incertezas e mesmo sobrevivendo o julgamento do RE 760.931 (Tema 246) pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá ocorrer em 2023, não é garantia de estabilização da matéria, em mais uma demonstração da necessidade de serem emitidos precedentes vinculantes somente após um amadurecido e democrático debate sobre a questão jurídica e com *ratio decidendi* claras e determinadas.

Registra-se, por fim, que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 mantém como regra a responsabilidade somente do contratado pelos encargos trabalhistas (art. 121, *caput* e § 1º)³⁶⁹, ressaltando, no entanto, que, *exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos*

³⁶⁷ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., p. 684.

³⁶⁸ MELLO, *Distinção...*, Op. Cit., p. 684.

³⁶⁹ Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado (art. 121, § 2º).

Apesar da expressa previsão de responsabilidade subsidiária do contratante no caso do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, a norma exige a comprovação de falha do ente público na fiscalização para que este seja responsabilizado. A lei não esclarece, todavia, de quem é o ônus da prova dessa falha, deixando para a Suprema Corte essa definição por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 760.931 com repercussão geral reconhecida (Tema 246).

A nova lei apresenta ferramentas para que a Administração Pública faça uma melhor fiscalização no cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado. O ente público, mediante previsão em edital ou contrato, poderá adotar diversas medidas (dentre outras visto que se trata de lista exemplificativa) como exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas e condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato³⁷⁰.

Não cabe aqui tratar com mais profundidade da nova regência da matéria em razão dos fins deste trabalho, que não tem como objeto a interpretação de lei, mas como os precedentes obrigatórios, principalmente os constitucionais, são formados e recebidos pelas instâncias judiciais vinculadas, e os obstáculos que eles têm enfrentado para uma efetiva implantação de um sistema que colabore para melhoria dos serviços judiciais prestados.

³⁷⁰ Art. 121. (...) § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
 II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
 III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
 IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
 V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

5 CONCLUSÃO

O direito brasileiro ainda caminha em direção a um sistema de precedentes. Houve evolução legislativa do tema, mas juízes e tribunais teimam em não aderir de modo satisfatório ao comando normativo emanado de um julgamento vinculante, mesmo que oriundo do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário e guardião da Constituição.

Isso se deve em parte à origem do modelo utilizado no Brasil, a *civil law*, com preponderância da lei emanada do Poder Legislativo como fonte do direito, já que a representação da soberania popular reside no Parlamento.

Por outra banda, o direito anglo-saxão, ou da *common law*, é baseado na jurisprudência dos tribunais, ou seja, emana do Poder Judiciário, que repetidamente resolve questões semelhantes, cujas decisões vinculam juízes inferiores. Nesse passo, os precedentes vinculantes têm origem na *common law*.

Mas esse histórico não é um empecilho, vide a existência do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, no qual a decisão emanada da Corte Constitucional tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Ademais, há uma aproximação com o modelo da *common law*, com progressivo aumento da criação de normas decorrentes da interpretação das cortes de justiça.

Juízes e tribunais ordinários devem entender que o ordenamento jurídico determina a aplicação da lei emanada do Poder Legislativo e das decisões vinculantes das cortes superiores, no caso das de *status* constitucional, as oriundas do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como corte constitucional.

Isso porque cabe ao julgador aplicar a norma obrigatória cuja fonte é um órgão legitimado pelo sistema para emití-la. Não é dado à justiça ordinária afastar normas vinculantes, a não ser que sejam inconstitucionais. Havendo precedente constitucional vinculante, este deve ser aplicado quando o caso sob análise tenha os mesmos elementos identificadores.

Por outro lado, não se pode negar que a generalidade ou indeterminação da *ratio decidendi* dos precedentes contribui para gerar dúvidas, cria outros debates sobre a mesma matéria já decidida, e leva à utilização dos *obiter dictum*, às vezes proferido por um único

membro da Corte e que não compõe a norma criada para se resolver os casos futuros, o que torna o precedente sem valor.

Observou-se a existência desses problemas na resistência da justiça ordinária em aplicar os precedentes vinculantes decorrentes dos julgamentos da ADC 4, que trata da concessão de liminar contra a Fazenda Pública; e da ADI 1232, que aborda a comprovação de pobreza para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada. Em ambos os casos houve superação do precedente pelo Supremo Tribunal Federal decorrente do não acolhimento da decisão vinculante pelos órgãos judiciais inferiores.

Mas para que o *overruling* ocorresse se percorreu um longo caminho no qual foram aplicadas muitas vezes a distinção inconsistente ou afastado diretamente o precedente vinculante com o qual não se concordava. Nesse ínterim o jurisdicionado foi tratado de modo desigual a depender do juiz ou tribunal que analisava sua demanda. Essa falta de previsibilidade e de isonomia é exatamente o que os precedentes vinculantes tentam combater.

Outro exemplo dessas constatações foi a análise da questão relativa à responsabilidade do ente público contratante na terceirização. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, declarou constitucional a norma que impede a transferência da responsabilidade pelos encargos trabalhistas da contratada ao ente público tomador dos serviços. A decisão foi tomada em processo objetivo de controle de constitucionalidade possuindo efeito vinculante e eficácia contra todos, devendo ser respeitada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

No julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, a Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade da norma, vedando a transferência automática da responsabilidade à Administração Pública pelo simples inadimplemento do contratado, o que acarretaria reconhecer a responsabilidade objetiva na espécie. Por outro lado, o próprio STF tem reconhecido a possibilidade de se responsabilizar o ente público contratante quando demonstrada a culpa *in vigilando*.

Com efeito, isso decorria de vários *obiter dicta* trazido pelos Ministros do STF quando dos julgamentos tanto da ADC quanto do RE paradigmas. Conquanto os *obiter dicta* não façam parte da *ratio decidendi* da decisão, inclusive no processo objetivo nem mesmo a fundamentação vincula, nos termos do entendimento da Suprema Corte, apenas o dispositivo,

a justiça trabalhista se valia dessas exceções para proteger trabalhadores de empresas inadimplentes.

No julgamento dos embargos de declaração ao RE o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a responsabilidade da Administração Pública decorre da comprovação da falha na fiscalização.

No entanto, juízes e tribunais trabalhistas vem aplicando a inversão do ônus da prova em desfavor do ente público e o condenando subsidiariamente. Essa postura tem origem na marca protetiva do trabalhador que a justiça especializada carrega, mas também, e principalmente, na forte carga de ausência de uma cultura de respeito aos precedentes vinculantes.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública. O recurso extraordinário aguarda julgamento. Esse será mais um capítulo do embate entre justiça constitucional e justiça ordinária decorrente de um precedente vinculante.

Essas são algumas das questões que ainda atormentam e atrapalham a criação de um sistema de precedentes constitucionais vinculantes no Brasil. Acaso a atuação da justiça constitucional ou da justiça ordinária não seja adequada, haverá um aumento do conflito e os relevantes objetivos não serão atingidos. Conforme se avance para a criação de um sistema de aplicação dos precedentes com o fim de promover a coerência do ordenamento jurídico, mais harmoniosamente será essa relação, trazendo benefícios à vida em sociedade.

Com efeito, um sistema de precedentes traz diversos benefícios e pode certamente corrigir distorções e evitar falhas apontadas pelos críticos do ingresso de precedentes vinculantes no ordenamento pátrio.

Os juízes não perdem a liberdade de decidir com esse sistema. Cabe a eles a análise do caso concreto e a aplicação ou não do precedente, podendo ser afastado em caso de distinção. A superação do precedente também é importante ferramenta para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, visto que o aprimoramento deve ser constante.

Essa falta de cultura no direito brasileiro não tem explicação apenas pelas raízes romano-germânicas, baseado na lei elaborada pelo Parlamento, mas principalmente pela

falta de razões de decidir claras e precisas, pelo uso indevido dos *obiter dicta* como se fossem *ratio decidendi*, e pela falta de coerência dos tribunais, no caso aqui o Supremo Tribunal Federal, tanto na formação quanto na aplicação de seus próprios precedentes vinculantes.

Desse modo, o direito brasileiro tem que evoluir seu sistema de precedentes, com avanço na qualidade da produção dessas decisões vinculantes. As razões de decidir, por exemplo, devem ser claras e precisas, identificando os elementos do paradigma a fim de ser utilizado corretamente em casos semelhantes posteriores.

Em um país onde as demandas judiciais crescem exponencialmente a cada dia, incluindo demandas de massa, um sistema bem montado de precedentes é importante ferramenta para a solução rápida de litígios semelhantes, auxiliando o Judiciário, prestigiando a isonomia, garantindo segurança jurídica e a eficiência da Justiça.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. **Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo**. Teoría jurídica contemporánea, jul. dez., 2016.

_____. **Os limites da justiça constitucional**: a invasão do âmbito político. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 41-70, jan./mar., 2009.

ABREU, Iduna Weinert. **Da equidade**: estudo de direito positivo comparado. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 60, p. 215-232, out./dez. 1978. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181086>> Acesso em 23/02/2023.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário**. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 91, v. 799, p. 33-51, maio 2002.

ARROYO, Cesar Landa. **Los precedentes constitucionales**, Cuestiones Constitucionales, México, 2007, p. 173-216.

AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. [coordenação Leonardo Carneiro da Cunha]. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, (Processo civil contemporâneo)

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. - Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

BELAUNDE, Domingo García. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. Anuario ibero-americano de justicia constitucional, Madrid, n. 3, 1999, p. 121-156.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** - v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura jurídica argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Obiter dicta abusivos**: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, *Rev. GV*, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual., e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Inocêncio Mártinez. **Interpretação constitucional**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 25. Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

FERNANDES, João Renda Leal. **O “mito EUA”**: um país sem direitos trabalhistas? 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Previdenciário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 19. Disponível em < <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/17621> > Acesso em 16/02/2023.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GIRARDI, Dante. **O impacto da Terceirização nas Organizações**: Evolução histórica e tendências. Florianópolis: Ed. Pandion, 2008.

GROPPI, Tania. **¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional e jueces comunes en la experiencia italiana**, *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, n. 107, mai-ago. 2003.

HERANI, Renato Gugliano. **Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais**. RBEC, n. 37, p. 37-58, jan. abr., 2017.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Lisboa: Almedina, 2012.

THEODORO JÚNIOR. **Código de Processo Civil anotado**. Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEIBHOLZ, Gerhard. **El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política**. Revista de estudios politicos. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, n. 146, p. 89-100, 1966.

LLORENTE, F. R. **La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho**. REDC, 1988.

MARCATO, Antonio Carlos; CIANCI, Mirna; SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. **Curso de direito processual civil aplicado**. 1. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 821.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Terceirização: Licitude e Limites**. Jornal Carta Forense. São Paulo, edição de 01.07.2008. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso em 09/11/2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais**: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas JUS, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

_____. BAQUEIRO, Paula de Andrade. **Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. 17/07/2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>> Acesso em 11/11/2021.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP).

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

NASCIMENTO, Amauri. Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método. 2011.

PEIXOTO, Ravi. **A Técnica da Distinção (*Distinguishing*) e o CPC/2015**. In: ARRUDA ALVIM, Thereza, et. al. (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. IDP – Linha Pesquisa Acadêmica – **Terceirização de Serviços pela Administração Pública**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. México: UNAM, 2004.

SOUZA, Eduardo Francisco de. **Abstração do controle difuso de constitucionalidade**. Revista CEJ, v. 12.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. **El precedente judicial en los sistemas de civil law**. Revista Ius et Veritas, n. 45, dez., 2012, p. 88-95.

TAVARES, André Ramos. **O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante**. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

THAMAY, Rennan. GARCIA JÚNIOR, Vanderlei, FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TOCCI, María L. G. **Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Revista Jurídica UCES, 2014, p. 139-155.

USERA, Raúl Canosa. **Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta**, Chile, Ius et Praxis, v. 4, 1998, p. 11-46.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. **A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST**. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

7. LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Disponível em: www.planalto.gov.br

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

BRASIL. Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

BRASIL. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei n.º 9.533, de 10 de dezembro de 1997.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001.

BRASIL. Lei n.º 10.520 de 17 de julho de 2002.

BRASIL. Lei n.º 10.689, de 13 de junho de 2003.

BRASIL. Lei n.º 10.836, de 9 de janeiro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008.

BRASIL. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011.

BRASIL. Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021.