

DOG MÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ESTADUNIDENSE

Fernando Vogel Cintra¹

RESUMO: O presente trabalho coloca e busca responder duas questões. A primeira questão colocada é determinar como o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América concretizou a ideia da *stare decisis*. A segunda questão é investigar quais são as possibilidades jurídicas geradas pela dogmática dos precedentes, no quadro normativo a entrar em vigor com o novo Código de Processo Civil brasileiro. No final, apresentam-se algumas conclusões obtidas via comparação de direito, indicando-se alguns problemas da regulação positivada pelo novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil estadunidense. *Stare decisis*. Direito processual civil brasileiro. Precedentes. Defensoria Pública.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Doutrina dos precedentes no direito estadunidense. 2.1 Jurisprudência da SCOTUS acerca da *stare decisis*. 2.2 Restrições à *stare decisis*. 2.3 Jurisprudência do estado da Louisiana sobre *jurisprudence constante*. 3 Dogmática dos precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. 3.1 Mandamento de uniformização da jurisprudência. 3.2 Concretização do mandamento de uniformização. 3.3 Definição de julgamento de caso repetitivo. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A discussão jurídica sobre precedentes não é nova no Brasil. Sobretudo por ocasião da última reforma do poder judiciário, consubstanciada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, debateu-se muito acerca da introdução do instituto da súmula vinculante. Depois disso, Marcelo Alves Dias de Souza², Luiz Guilherme Marinoni³ e outros doutrinadores abordaram o tema dos precedentes, sob diversas perspectivas. No âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, acórdão⁴ proferido em 2009 chegou a exigir “o

¹ Bacharel em filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em filosofia contemporânea pela UFRGS. Bacharel em direito pela UFRGS. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Southern California (Gould School of Law) – USC. Doutorando em direito pela UFRGS. Advogado licenciado. Analista processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ REsp 1088045/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 23/10/2009.

desenvolvimento de uma doutrina brasileira de *stare decisis et non quieta movere*". A pretensão do presente trabalho é, pois, oferecer uma contribuição para o debate, sem o intuito de esgotá-lo, adotando como ponto de partida a perspectiva do direito comparado.

O presente trabalho coloca e busca responder, pois, a duas questões. A primeira questão é esta: como o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América concretizou a ideia da⁵ *stare decisis*?

A segunda questão é esta: quais são as possibilidades jurídicas geradas pela dogmática dos precedentes, no quadro normativo a entrar em vigor com o novo Código de Processo Civil brasileiro?

A fim de guiar a resposta à primeira questão, será sintetizada a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (abreviada, no que se segue, por SCOTUS⁶) acerca da doutrina dos precedentes, bem como a jurisprudência da Suprema Corte do Estado da Louisiana acerca do assunto.

Para a resposta da segunda questão, serão analisadas algumas normas relevantes do novo Código de Processo Civil, tais como positivadas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Nessa conexão, convém discorrer brevemente sobre os limites de uma comparação de direito como a que é aqui proposta. Os *argumentos comparativos* podem ser enquadrados no marco de uma teoria da argumentação jurídica, como a desenvolvida por Robert Alexy.

Alexy distingue entre dois aspectos da justificação ou fundamentação de proposições jurídicas, a justificação interna e a justificação externa. Na *justificação interna*, trata-se de determinar se a proposição se segue logicamente das premissas aduzidas para a justificação. O objeto da *justificação externa* é a correção dessas premissas⁷.

No contexto da justificação externa, Alexy distingue entre seis grupos de regras e formas da justificação externa: (1) as regras e formas da interpretação, (2) a argumentação "dogmática" (ou "doutrinária"), (3) o emprego de precedentes, (4) a argumentação prática geral e (5) a argumentação empírica, bem como (6) as formas de argumento jurídicas especiais⁸.

Pois bem. No âmbito de (1) acima, Alexy situa os cânones da interpretação, os quais, por sua vez, podem ser resumidos em seis grupos: na

⁵ Adota-se, no presente trabalho, o artigo feminino para a locução "stare decisis", já que as palavras "ideia", "doutrina" e "teoria" pertencem, na língua portuguesa, ao gênero feminino.

⁶ Abreviação de *Supreme Court of the United States*.

⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 273.

⁸ *Ibidem*. P. 285.

interpretação (i) semântica, (ii) genética, (iii) histórica, (iv) comparativa, (v) sistemática e (vi) teleológica⁹.

Portanto, os argumentos comparativos, entendidos como aqueles concernentes às soluções praticadas nos ordenamentos jurídicos de outras sociedades para o mesmo problema jurídico discutido, têm seu lugar no âmbito das regras e formas da interpretação, as quais estão situadas no âmbito da justificação externa de proposições jurídicas. Com isso está assegurada também a *racionalidade* dos argumentos comparativos. No entanto, a demonstração de tal proposição, que aqui é simplesmente afirmada, não é possível nem conveniente empreender no presente trabalho, tendo de ser, por isso, pressuposta.

2 DOCTRINA DOS PRECEDENTES NO DIREITO ESTADUNIDENSE

O tratamento jurídico dado ao tema dos precedentes, no âmbito dos Estados Unidos da América, está intimamente ligado à chamada doutrina da *stare decisis*¹⁰ – sem nisso, contudo, se esgotar. É que a doutrina da *stare decisis* está vinculada a alguns outros conceitos fundamentais de adjudicação no âmbito do *common law* estadunidense, tais como *distinguishing*, *overruling*¹¹, *pure prospectivity*¹², *retroactivity*, *nonretroactivity* e outros.

No dizer de Edward Allan Farnsworth¹³ e também de Edward Dominic Re¹⁴, uma decisão judicial tem duas funções em um sistema de *common law*. A primeira, que não é, obviamente, peculiar ao *common law*, é definir e dispor sobre a controvérsia diante da corte. Está ligada, pois, à doutrina da *res judicata*, ou coisa julgada. Essa função não será objeto de exame no presente trabalho.

A segunda função de uma decisão judicial, para Farnsworth e para Re, e que seria característica ao *common law*, é estabelecer um precedente de modo que um caso semelhante surgindo no futuro será provavelmente decidido na mesma maneira. Essa doutrina é frequentemente chamada pelo seu nome latino, *stare decisis* – de *stare decisis et non quieta movere*

⁹ *Ibidem*. P. 289.

¹⁰ FARNSWORTH, Edward Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58, nota de rodapé 11.

¹¹ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1129-1130: "Rejeitar. 1. Decidir contrariamente; rejeitar <o juiz rejeitou todas as objeções do réu>. 2. (Dito de uma corte) rejeitar ou colocar de lado (um precedente), decidindo expressamente que ele não deve mais ser o direito aplicável <em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte rejeitou *Plessy v. Ferguson*>."

¹² STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. *Syracuse Law Review*. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998. P. 1516.

¹³ FARNSWORTH, Edward Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58.

¹⁴ RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Education and Training Series*. Washington: Federal Judicial Center, 1975. P. 1.

(observar as decisões e não perturbar pontos fixados)¹⁵. É com essa segunda função que se ocupa o presente estudo.

Sabe-se que a parte vinculante do precedente é chamada de *holding* ou *ratio decidendi*¹⁶, ao passo que os fundamentos que não são necessários para justificar a decisão alcançada recebem o nome de *obiter dictum*¹⁷.

Ainda segundo Farnsworth, como tradição, a doutrina da *stare decisis* não foi reduzida a uma regra escrita e não é encontrada em constituição, lei, ou prestação de compromisso¹⁸. No dizer de Re, a *stare decisis* foi recebida nos EUA como parte da tradição do *common law*¹⁹.

Sendo assim, as justificativas para a doutrina do precedente nos EUA devem ser buscadas na própria *case law*, isto é, na jurisprudência. Sendo a Suprema Corte dos Estados Unidos o órgão judiciário máximo do país, a teor do Artigo III, Seção 1 da Constituição dos Estados Unidos da América, é nessa corte que serão buscadas as decisões que deram conteúdo à ideia de *stare decisis*.

É de notar-se que, nos EUA, a intensidade da vinculação ao precedente é menor do que no Reino Unido²⁰. Com isso, abre-se também a porta para a possibilidade de *restrições à stare decisis*, que serão analisadas no item 2.2 deste trabalho. A esse respeito, vale referir a seguinte passagem do *Justice Benjamin N. Cardozo*²¹:

Nestes dias, há uma boa dose de discussão sobre se a regra de adesão ao precedente deveria ser abandonada de vez. Eu mesmo não iria tão longe. Eu penso que a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção. Eu já tive ocasião de elaborar sobre algumas das considerações que a sustentam. A essas eu posso adicionar que o trabalho dos juízes seria aumentado até quase o ponto de ruptura se cada decisão anterior pudesse ser reaberta em cada caso, e um não pudesse dispor a sua camada

¹⁵ FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58.

¹⁶ *Ibidem*. P. 62, nota de rodapé 17. Outrossim, face às limitações inerentes a um trabalho desta natureza, não é possível expandir sobre as controvérsias em torno da noção de *ratio decidendi*. Ver, para tanto, o trabalho de Marcelo Alves Dias de Souza, já referido. Convém reter, no mínimo, a diferença entre os sentidos descritivo e prescritivo de *ratio decidendi*: “o sentido descritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou quer saber, tão-somente, do ‘modus’ como o juiz do precedente chegou a sua decisão. Já o sentido prescritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou identifica a proposição jurídica, derivada do precedente, que vincula ou obriga a decisão do caso posterior; em outras palavras, identifica a proposição de Direito prescrita pelo caso anterior ao caso posterior e que, neste caso, deve ser seguida”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 134.

¹⁷ FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 62, nota de rodapé 18.

¹⁸ *Oath of office*.

¹⁹ RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Education and Training Series**. Washington: Federal Judicial Center, 1975. P. 2.

²⁰ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964. P. 158.

²¹ *Ibidem*. P. 149.

de tijolos sobre a fundação segura das camadas dispostas por outros que vieram antes dele.²²

Ainda nesse contexto, convém detalhar um pouco mais o contraste entre a doutrina inglesa do precedente e a doutrina estadunidense do precedente, tal como interpretado por Rupert Cross e J.W. Harris. Esses autores referem duas razões para que as regras norte-americanas sejam mais frouxas do que as inglesas: o número de jurisdições estaduais separadas nos EUA e a frequência comparativa com que as cortes norte-americanas têm de lidar com questões constitucionais momentosas²³.

Talvez o exemplo mais dramático do primeiro aspecto levantado pelos autores acima citados seja o caso do estado da Louisiana, que perfilha um sistema de *civil law* no interior dos EUA, como será abordado no item 2.3 do presente trabalho.

O segundo aspecto, por seu turno, liga-se diretamente à existência de um texto constitucional positivado, nos EUA, por oposição à situação observada no Reino Unido. Esse aspecto não passou despercebido do *Justice Brandeis* por ocasião do julgamento do caso *Burnet*, como será esclarecido logo adiante, no próximo item.

2.1 JURISPRUDÊNCIA DA SCOTUS ACERCA DA *STARE DECISIS*

Cumprir iniciar esta seção fazendo a ressalva de que, em função dos limites inerentes a um trabalho desta natureza, não será possível examinar todos os precedentes da SCOTUS acerca da *stare decisis*. Por essa razão, serão escolhidos os mais importantes, deixando outros menos relevantes de lado²⁴.

Colin Starger, escrevendo sobre os “precedentes acerca de precedentes”, sustenta que, antes do início do século XX, se opiniões da Corte chegavam a discutir a *stare decisis*, elas tipicamente se referiam ao conceito como uma “máxima” ou “princípio” que abstratamente pesava em favor do seguimento de decisões anteriores. Ainda que a máxima

²² “In these days, there is a good deal of discussion whether the rule of adherence to precedent ought to be abandoned altogether. I would not go so far myself. I think adherence to precedent should be the rule and not the exception. I have already had occasion to dwell upon some of the considerations that sustain it. To these I may add that the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him.”

²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. P. 19.

²⁴ Entre os casos significativos que não poderão ser aqui abordados, mas que vale a pena mencionar a título de referência, estão os seguintes: *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 US 1 (1989), *Hohn v. United States*, 524 US 236 (1998), *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), *Pearson v. Callahan*, 129 S. Ct. 808 (2009), e *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

comandasse respeito, sua autoridade e significado eram derivados da tradição do *common law* e não de pronunciamentos da Corte²⁵.

Esse cenário mudou para sempre com a entrada em cena do *Justice Louis Brandeis*²⁶. Em uma série de opiniões divergentes que culminaram com sua opinião divergente em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932), o *Justice Brandeis* desenvolveu uma análise da *stare decisis* baseada em um rigoroso estudo empírico das práticas efetivas de rejeição (*overruling*) de precedentes adotadas pela Corte²⁷.

Em *Burnet*, pois, um caso envolvendo a tentativa do governo federal de impor tributos sobre uma empresa chamada “Coronado Oil & Gas Company”, a maioria da Suprema Corte acabou afirmando o precedente instituído anteriormente por *Gillespie v. Oklahoma*, 257 U.S. 501 (1922). Todavia, o *Justice Brandeis* divergiu da opinião da maioria, sendo nisso acompanhado pelo *Justice Cardozo*, em uma opinião divergente que fez uma análise minuciosa da prática efetiva da Corte com relação à *stare decisis*:

A *stare decisis* é geralmente a política sábia, porque na maioria dos assuntos é mais importante que a regra aplicável seja fixada do que ela seja fixada corretamente. [...] Isso é comumente verdadeiro mesmo quando o erro é assunto de grave preocupação, desde que a correção possa ser obtida pela legislação. Mas em casos envolvendo a Constituição Federal, em que a correção por meio de ação legislativa é praticamente impossível, esta Corte frequentemente rejeitou suas decisões anteriores. A Corte defere para as lições da experiência e para a força do melhor raciocínio, reconhecendo que o processo de tentativa e erro, tão frutífero nas ciências físicas, é apropriado também na função judicial²⁸. (285 US 393, 406)²⁹

Com o passar dos anos, a opinião divergente do *Justice Brandeis* veio a assumir uma autoridade canônica³⁰, de sorte que passou a ser considerada

²⁵ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 20.

²⁶ *Ibidem*. P. 21.

²⁷ *Ibidem*. P. 21.

²⁸ “*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. [...] This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function”

²⁹ Cabe fazer breve referência, nessa conexão, à obra de Karl Popper, um dos mais importantes filósofos da ciência do século XX, e que postulou a falseabilidade como critério de delimitação das teorias científicas, nestes termos: “o critério de delimitação lógico-indutivo, a delimitação por meio do conceito de sentido positivista, é equivalente com a exigência, de que todas as proposições científico-empíricas (todas as “sentenças com sentido”) devam ser *decidíveis finalmente*: elas devem ter uma tal forma, que *tanto a sua verificação quanto a sua falsificação* seja logicamente possível” POPPER, Karl. **Logik der Forschung**. 10ª ed., melhorada e aumentada. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. P. 14.

³⁰ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 29.

como a exposição oficial da doutrina da *stare decisis* pela Suprema Corte. Em *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944), por exemplo, a Corte baseou-se na opinião divergente do caso *Burnet* para rejeitar o precedente de *Grove v. Townsend*, 295 US 45 (1935).

Em *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965), a Corte rejeitou um precedente que havia sido decidido apenas três anos antes, isto é, *Kesler v. Department of Public Safety of Utah*, 369 US 153 (1962). Na fundamentação, a Corte assentou: “nós acreditamos que considerações sobre *stare decisis* não devem nos deter de seguir esse curso [rever o problema]. A menos que seja inexoravelmente comandado por lei, um princípio procedimental dessa importância não deve ser mantido nos livros em nome da *stare decisis* depois que haja se comprovado inoperável na prática; as consequências malélicas para litigantes e cortes a partir da perpetuação de uma regra inoperável são muito grandes”³¹.

Algumas décadas depois, em *Arizona v. Rumsey*, 467 US 203 (1984), a Corte manteve o precedente de *Bullington v. Missouri*, 451 US 430 (1981), muito embora o estado do Arizona, que era o peticionário do *writ of certiorari*³², tivesse convidado a Corte a rejeitar *Bullington*. Escrevendo a opinião da maioria, a Justice O’Connor sustentou que “embora a adesão ao precedente não seja rigidamente requerida em casos constitucionais, qualquer desvio da doutrina da *stare decisis* demanda justificação especial”³³ (*Rumsey*, 467 U.S. 212). No entender de Colin Starger, essa expressão “justificação especial” não desempenhou nenhum papel na decisão de *Rumsey*; no entanto, oito anos depois, em *Payne* (ver adiante), a necessidade de uma justificação especial seria expressamente requerida pela opinião divergente do Justice Marshall³⁴ e, a partir disso, passou a exercer importância cada vez maior no debate doutrinário sobre o tema.

Em *Payne v. Tennessee*, 501 US 808 (1991), portanto, a Corte rejeitou suas decisões em *Booth v. Maryland*, 482 U. S. 496 (1987), e *South Carolina v. Gathers*, 490 U. S. 805 (1989), as quais eram no sentido de que a Oitava Emenda à Constituição dos EUA vedava a admissão de evidências sobre o impacto do crime causado às vítimas, durante a fase de aplicação da

³¹ “We believe that considerations of *stare decisis* should not deter us from this course. Unless inexorably commanded by statute, a procedural principle of this importance should not be kept on the books in the name of *stare decisis* once it is proved to be unworkable in practice; the mischievous consequences to litigants and courts alike from the perpetuation of an unworkable rule are too great.”

³² Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 220: “*Certiorari* [latim jurídico: “ser mais completamente informado”]. Uma ordem extraordinária emitida por uma corte de apelação, discricionariamente, determinando a uma corte inferior que remeta os autos do caso para revisão. A Suprema Corte dos EUA usa o *certiorari* para revisar a maioria dos casos que ela decide ouvir. – Abreviado como *cert.* – Também chamado *writ de certiorari.*”

³³ “Although adherence to precedent is not rigidly required in constitutional cases, any departure from the doctrine of *stare decisis* demands special justification.”

³⁴ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 35.

pena, em um julgamento capital. Consequentemente, a Corte passou a admitir o uso desse tipo de evidência.

Na qualidade de autor da opinião da maioria, o *Chief Justice* Rehnquist sustentou duas teses importantes para os propósitos deste trabalho: (i) a primeira, que “considerações a favor da *stare decisis* têm seu ápice em casos envolvendo direitos de propriedade e de contratos, em que interesses de confiança estão envolvidos [...]”; o oposto é verdade em casos como o presente, envolvendo regras de processo e evidência³⁵ (*Payne*, 501 U.S. 828); (ii) a segunda, que os casos *Booth* e *Gathers* estavam “maduros” para serem rejeitados porque haviam sido “decididos pela mais estreita das margens, sobre divergências vigorosas desafiando os alicerces básicos dessas decisões”³⁶.

Por seu turno, o *Justice* Marshall, em sua opinião divergente, fez uma defesa enérgica da necessidade de uma “justificação especial” para a rejeição de precedentes (citando, nisso, *Rumsey*) – e não apenas, por exemplo, a simples mudança da composição da Corte. No dizer de Colin Starger, a expressão “justificação especial” passou a ser o “eixo linguístico em torno do qual o debate acerca da *stare decisis* girava”³⁷.

No ano seguinte, a Corte decidiu o caso em que, na visão de Laurence Tribe³⁸, se debateu de modo mais extensivo a ideia de *stare decisis*: foi *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992). Tratava-se, aí, da discussão sobre a constitucionalidade de leis do estado da Pensilvânia restringindo a prática de abortos (Robert P. Casey era então o governador do estado). Nesse contexto, a Corte foi novamente convidada a reabrir a discussão sobre o célebre caso *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), que havia autorizado o aborto em certas circunstâncias.

Dispondo do caso, a Corte disse que “após considerar as questões constitucionais fundamentais resolvidas por *Roe*, princípios de integridade institucional e a regra da *stare decisis*, nós somos levados a concluir isto: o ponto essencial de *Roe v. Wade* deve ser retido e mais uma vez reafirmado”³⁹ (505 US 833, 846). É interessante fazer menção às palavras com as quais a maioria encerra sua opinião (505 US 833, 901):

³⁵ “Considerations in favor of *stare decisis* are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved [...]; the opposite is true in cases such as the present one involving procedural and evidentiary rules”.

³⁶ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 37.

³⁷ *Ibidem*. P. 38.

³⁸ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 82-

³⁹ “After considering the fundamental constitutional questions resolved by *Roe*, principles of institutional integrity, and the rule of *stare decisis*, we are led to conclude this: the essential holding of *Roe v. Wade* should be retained and once again reaffirmed.”

Nossa Constituição é um pacto que vai desde a primeira geração de americanos até nós, e então às futuras gerações. É uma sucessão coerente. Cada geração deve aprender novamente que os termos escritos da Constituição incorporam ideias e aspirações que devem sobreviver a mais épocas do que uma. Nós aceitamos nossa responsabilidade e não nos esquivamos de interpretar o significado pleno do pacto à luz de todos os nossos precedentes. Nós invocamos-os mais uma vez para definir a liberdade garantida pela própria promessa da Constituição, a promessa de liberdade⁴⁰.

A partir de *Casey*, portanto, e dos reiterados desafios buscando rejeitar o precedente firmado por *Roe*, a doutrina passou a discutir a ideia de “super-precedente” ou “super-*stare decisis*”. No entender de Michael Sinclair, dizer que um caso é um “super-precedente” significa que ele é judicialmente imperturbável, um monumento de precedência que não pode ser negado, semelhantemente a possuir a força de lei da *stare decisis* vertical de um modo horizontal⁴¹. Nesse contexto, seria possível sustentar que *Roe* seria um “super-precedente” e, portanto, inderrogável.

Em *Dickerson v. United States*, 530 US 428 (2000), a Corte manteve a célebre decisão do caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966). Segundo a Corte, “não importa se nós concordaríamos com o raciocínio de *Miranda* e sua regra resultante, se estivéssemos abordando a questão na primeira ocasião, os princípios da *stare decisis* pesam intensamente contra rejeitá-lo agora” (530 US 428, 443).

Finalmente, em *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 130 S. Ct. 876 (2010), a Corte debruçou-se sobre a questão do financiamento de campanhas eleitorais. Na parte dispositiva, rejeitou *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), e *McConnell v. Federal Election Comm'n*, 540 U.S. 93 (2003), determinando que o governo pode regular o discurso político de corporações por meio de exigências de *disclaimer* e *disclosure*, mas não pode suprimir esse discurso de um modo geral.

Em *Citizens United*, a Corte deixou, pois, assentado que:

Nosso precedente deve ser respeitado, a menos que as mais convincentes das razões demonstrem que a adesão a ele nos coloca em um curso de erro certo. “Além da operabilidade, os fatores relevantes na decisão sobre aderir ao princípio da *stare decisis* incluem a antiguidade do precedente, os interesses de

⁴⁰ “Our Constitution is a covenant running from the first generation of Americans to us and then to future generations. It is a coherent succession. Each generation must learn anew that the Constitution’s written terms embody ideas and aspirations that must survive more ages than one. We accept our responsibility not to retreat from interpreting the full meaning of the covenant in light of all of our precedents. We invoke it once again to define the freedom guaranteed by the Constitution’s own promise, the promise of liberty.”

⁴¹ SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. *George Mason Law Review*. Arlington, v. 14:2, p. 363-411, 2007. P. 365.

confiança em jogo, e, é claro, se a decisão foi bem fundamentada.” (130 S. Ct. 876, 911)⁴²

Prosseguindo, a Corte concluiu que o exame desses critérios recomendava a rejeição de *Austin*, por não ter sido bem fundamentado (*not well reasoned*).

A opinião concorrente do *Chief Justice* Roberts manifestou, de modo claríssimo, o caráter de princípio, e não de regra, da *stare decisis*. Afirmou, citando *Lawrence*, que a *stare decisis* não é um comando inexorável, nem uma fórmula mecânica de adesão à última decisão – senão a segregação seria legal, leis sobre salário mínimo seriam inconstitucionais, e o governo poderia grampear suspeitos criminais comuns sem antes obter mandados judiciais (130 S. Ct. 876, 920). Roberts disse que a *stare decisis* é um “*principle of policy*”⁴³: “na consideração sobre reexaminar uma decisão errônea anterior, nós devemos ponderar a importância de ter questões constitucionais *decididas* contra a importância de tê-las *decididas corretamente*” (130 S. Ct. 876, 920).

Por seu turno, o *Justice* Stevens, em opinião concordante em parte e divergente em parte, defendeu a visão da “justificação especial”. Disse que a opinião da maioria violava o princípio da *stare decisis* ao não oferecer a justificação especial que seria necessária para rejeitar *Austin*.

2.2 RESTRIÇÕES À STARE DECISIS

No item anterior, viu-se que a jurisprudência da SCOTUS nunca trabalhou a ideia de *stare decisis* como um comando inexorável. Sendo assim, compete agora examinar quais restrições à *stare decisis* foram reconhecidas pela Corte ao longo do tempo.

O caso *Payne*, citado acima, apresentou uma importante opinião divergente pelo *Justice* Marshall. Nela, foram elencadas algumas restrições à aplicabilidade da *stare decisis*: (i) o advento de “mudanças ou desenvolvimentos subsequentes no direito” que solapam o fundamento da

⁴² “Our precedent is to be respected unless the most convincing of reasons demonstrates that adherence to it puts us on a course that is sure error. ‘Beyond workability, the relevant factors in deciding whether to adhere to the principle of stare decisis include the antiquity of the precedent, the reliance interests at stake, and of course whether the decision was well reasoned’.”

⁴³ É bem conhecida a distinção que Ronald Dworkin faz entre regras (*rules*), políticas (*policies*), e princípios (*principles*). No entanto, com relação à diferença entre políticas e princípios, o próprio Dworkin salienta que “a distinção pode ser colapsada construindo um princípio como afirmando um objetivo social (i.e. o objetivo de uma sociedade em que nenhum homem lucra com seus próprios erros), ou construindo uma política como afirmando um princípio (i.e. o princípio de que o objetivo que a política abarca é valioso) ou adotando a tese utilitarista de que princípios de justiça são afirmações disfarçadas de objetivos (garantir a maior felicidade para o maior número)”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17^a impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999. P. 22-3. Nesse contexto, pode-se dizer que a adoção pelo *Chief Justice* Roberts em sua opinião da expressão “*principle of policy*” aponta para uma ambiguidade, sem se comprometer necessariamente nem com uma visão nem com outra.

decisão (citando *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 US 164 (1989)); (ii) a necessidade de “colocar [uma decisão] em concordância com a experiência e com fatos recentemente descobertos (citando *Burnet*); (iii) e uma demonstração de que um precedente particular se tornou um “detrimento à coerência e à consistência no direito” (citando, novamente, *Patterson*). No entanto, isso era uma opinião divergente e, por conseguinte, não revestida da autoridade da Corte.

Já em *Casey* a maioria da Suprema Corte reconheceu claramente que a regra da *stare decisis* não era um “comando inexorável” (505 US 833, 854) e estava aberta a restrições.

A Corte trabalhou então a ideia de restrições de duas maneiras: uma mais geral e outra mais específica. Falando em termos gerais, a Corte disse que, “quando essa Corte reexamina uma decisão anterior, seu julgamento é costumeiramente informado por uma série de considerações prudenciais e pragmáticas concebidas para testar a consistência de rejeitar uma decisão anterior com o ideal de estado de direito, e medindo os custos respectivos de reafirmar e rejeitar um caso anterior”⁴⁴ (505 US 833, 854). Em outras palavras, a Corte aponta para a prática de alguma espécie de ponderação ou balanceamento⁴⁵.

Em seguida, a Corte ofereceu alguns critérios específicos para rejeitar ou afirmar uma decisão anterior. Nesse sentido, a Corte pode perguntar-se: (a) se a regra provou ser intolerável simplesmente por desafiar a operabilidade prática - *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965); (b) se a regra está sujeita a um tipo de confiança que emprestaria dificuldades especiais às consequências da rejeição e adicionaria inequidade ao custo do repúdio - *United States v. Title Ins. & Trust Co.*, 265 US 472 (1924); (c) se princípios de direito relacionados se desenvolveram tanto de modo a tornar a regra velha em não mais do que o remanescente de uma doutrina abandonada - *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 US 164 (1989); ou (d) se os fatos mudaram de tal maneira, ou passaram a ser vistos de modo tão diferente, que roubaram a regra velha de aplicação significativa ou justificação - *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932).

2.3 JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DA LOUISIANA SOBRE JURISPRUDENCE CONSTANTE

Em termos científicos, constitui um achado relevante para os propósitos do atual trabalho a singularidade histórica que levou o estado de

⁴⁴ “[...] when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case.”

⁴⁵ Foge ao escopo do presente trabalho averiguar as semelhanças e diferenças entre a doutrina alemã da *ponderação* e a doutrina estadunidense do *balanceamento*.

Louisiana a ostentar um sistema jurídico de *civil law* no interior de uma federação de estados que segue o *common law*. Tal peculiaridade, como é de imaginar-se, já levou a questionamentos que desaguaram no poder judiciário do referido estado.

Consoante Mary Garvey Algero, pois, o valor do precedente na Louisiana, assim como o valor do precedente na França, na Itália, na Espanha, aumenta com o nível da corte prolatora da decisão dentro da hierarquia do sistema judiciário⁴⁶. Ainda segundo Algero, a Constituição da Louisiana outorga à Suprema Corte da Louisiana jurisdição supervisória sobre casos cíveis, bem como criminais, e as cortes de apelação da Louisiana têm jurisdição recursal sobre os casos cíveis e criminais que surgem nas cortes dentro de seus circuitos⁴⁷. Em função dessa estrutura judiciária e do poder de revisão, diz Algero, as cortes inferiores estão cientes do fato de que se elas não seguirem uma interpretação do direito da Louisiana proveniente de uma corte superior, elas correm o risco de reforma. Semelhantemente, advogados e litigantes estão cientes de que as cortes tendem a decidir casos consistentemente com suas próprias decisões e com as decisões das cortes para as quais suas decisões são apeláveis⁴⁸.

Passando ao exame de alguns casos, tem-se que, em *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company*, 236 So. 2d 216 (1970), a Suprema Corte estadual decidiu um caso sobre responsabilidade civil extracontratual decorrente de um acidente automobilístico.

Nesse caso, a Corte estadual manifestou-se nestes termos:

Na Louisiana, as cortes não estão vinculadas pela doutrina da *stare decisis*, mas existe um reconhecimento neste estado da doutrina da *jurisprudence constante*. Diferentemente da *stare decisis*, essa última doutrina não contempla adesão a um princípio de direito anunciado e aplicado em uma única ocasião no passado. Entretanto, quando, por meio de repetidas decisões em uma longa linha de casos, uma regra de direito foi aceita e aplicada pelas cortes, esses julgamentos assumem a dignidade da *jurisprudence constante*; e à regra de direito sobre a qual eles se baseiam é conferido grande peso nas decisões subsequentes⁴⁹ (236 So. 2d 216, 218).

⁴⁶ ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**. Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 775-822, 2005. P. 800.

⁴⁷ *Ibidem*. P. 800.

⁴⁸ *Ibidem*. P. 800.

⁴⁹ "In Louisiana, courts are not bound by the doctrine of stare decisis, but there is a recognition in this State of the doctrine of jurisprudence constante. Unlike stare decisis, this latter doctrine does not contemplate adherence to a principle of law announced and applied on a single occasion in the past. However, when, by repeated decisions in a long line of cases, a rule of law has been accepted and applied by the courts, these adjudications assume the dignity of jurisprudence constante; and the rule of law upon which they are based is entitled to great weight in subsequent decisions"

Prosseguiu, no entanto, nestes termos, de modo a atenuar o conteúdo do que recém exposto: “assim, embora esta Corte tenha o poder de modificar e rejeitar suas decisões anteriores, ela não faz isso a menos que seja claramente demonstrado que tenha ocorrido erro e que injustiça se seguirá a uma continuação da regra de direito” (236 So. 2d 216, 219).

Em *Ardoin v. Hartford Acc. & Indem. Co.*, 360 So. 2d 1331 (1978), discutia-se se um ato de um especialista médico que causa dano para seu paciente constituía uma falha que obrigava o médico a reparar o dano ou não. A corte inferior havia adotado o entendimento anteriormente exposto pela própria Suprema Corte estadual em *Meyer v. St. Paul-Mercury Indemnity Co.*, 73 So. 2d 781 (1953).

Ocorre que a Suprema Corte da Louisiana admoestou o comportamento das cortes inferiores, nos seguintes termos: “ao decidir a questão perante nós, as cortes inferiores não seguiram o processo de referir-se primeiramente ao código e outras fontes legislativas, mas trataram a linguagem de uma decisão judicial como fonte de direito primária”⁵⁰ (360 So. 2d 1331, 1334). E prosseguiu: “o erro básico nesse método de interpretação é que ele não apenas ignora os primeiros princípios de nosso direito, mas também assume que a jurisprudência é equivalente à legislação, em vez de tratá-la como interpretação judicial que pode ou não refletir adequadamente o sentido das leis para propósitos contemporâneos”⁵¹ (360 So. 2d 1331, 1336).

Em *Doerr v. Mobil Oil Corp.*, 774 So. 2d 119 (2000), um caso versando sobre uma *class action* ajuizada por causa de uma descarga de hidrocarbonetos de uma refinaria da requerida no rio Mississippi, a Suprema Corte estadual rejeitou o precedente de *Ducote v. Koch Pipeline Co.*, LP, 730 So. 2d 432 (1999), e remeteu o processo para novos procedimentos na justiça de primeira instância.

No tocante à *jurisprudence constante*, a Corte esclareceu que as decisões judiciais não têm a intenção de ser fonte autoritativa de direito na Louisiana (774 So. 2d 119, 128).

Por fim, em *Willis-Knighton Medical v. Sales Tax Com'n*, 903 So. 2d 1071 (2005), tratava-se de um caso buscando o reembolso de tributos de venda e uso pagos sob protesto. A Corte afirmou a decisão da corte de apelação. Na opinião da maioria, foi rejeitada a pretensão de basear-se na *jurisprudence constante*, ao argumento de que, “para os juízes da Louisiana, decisões judiciais anteriores não são nada mais que interpretações do direito” (903 So. 2d 1071, 1087, nota de rodapé 16). “Como resultado, erros anteriores na interpretação judicial não ‘insulam’ o juiz de retornar à própria

⁵⁰ “In deciding the issue before us the lower courts did not follow the process of referring first to the code and other legislative sources but treated language from a judicial opinion as the primary source of law.”

⁵¹ “The basic error in this method of interpretation is that it not only ignores the first principles of our law but it also assumes that jurisprudence is equivalent to legislation instead of treating it as judicial interpretation which may or may not adequately reflect the meaning of the laws for contemporary purposes.”

legislação a fim de determinar seu correto sentido” (903 So. 2d 1071, 1087, nota de rodapé 16).

A Corte, citando *Doerr*, concedeu que a *jurisprudence constante* carrega considerável autoridade persuasiva, mas não é o direito (903 So. 2d 1071, 1088).

3 DOGMÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Na presente seção, examina-se a dogmática dos precedentes positivada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e que entrará em vigor no direito brasileiro na data de 17 de março de 2016, por força do art. 1.045 da lei⁵².

Insta consignar que o presente trabalho é uma versão atualizada de um esforço anterior, em que o autor examinava o direito ainda não positivado, isto é, em fase de elaboração legislativa. Desse modo, fica o registro histórico de que o texto final do novo CPC é uma versão modificada do Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (nº 8.046/2010 na Câmara Federal). O projeto do novo CPC possuía como autor original o Senador José Sarney (PMDB-AP), havendo sido apresentado inicialmente em 08/06/2010. O Substitutivo, por seu turno, era subscrito pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Henrique Alves (PMDB-RN), sendo datado de 27/03/2014. Por fim, cumpre salientar que as alterações propostas pelo Substitutivo eram maiores do que as alterações finalmente introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.105/2015.

Pois bem. O texto do novo CPC faz referência expressa a *precedentes* no art. 489, §1º, incisos V e VI; art. 926, §2º; art. 927, §5º; art. 988, IV; e art. 1.042, §1º, II. Vale notar que, no art. 1.040, o texto legal também emprega a expressão *acórdão paradigma*, o que remete a uma expressão já de largo uso tanto no âmbito do STJ⁵³, quanto do STF⁵⁴. A propósito da palavra “paradigma”, oportuno fazer referência a um dos autores que mais contribuiu para sua disseminação na linguagem, Thomas Kuhn⁵⁵, quem, ao falar sobre a natureza da ciência normal, no contexto de sua investigação sobre a estrutura das revoluções científicas, consignou:

⁵² Cf., em sentido análogo, AgRg no REsp 750.643/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010.

⁵³ Cf., apenas a título de exemplo, AgRg na Rcl 19.671/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 24/10/2014.

⁵⁴ Cf., apenas a título de exemplo, Rcl 6534 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00160 RTJ VOL-00206-03 PP-01036 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 162-170 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 360-370.

⁵⁵ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Second edition, enlarged. Chicago: Chicago University Press, 1972. P. 23.

Em seu uso estabelecido, um paradigma é um modelo ou padrão aceito, e esse aspecto de seu sentido permitiu-me, na falta de palavra melhor, apropriar “paradigma” aqui. [...] Em uma ciência, por outro lado, um paradigma é raramente um objeto de replicação. Em vez disso, como uma decisão judicial aceita no *common law*, ele é um objeto de articulação e especificação adicional sob condições novas ou mais restritivas.

Falando agora em termos sistemáticos, a regulação dogmática dos precedentes é apresentada nos artigos 926 a 928, que integram o Capítulo I – Disposições Gerais, do Título I – Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, do Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais. As normas veiculadas por esses três artigos serão analisadas separadamente no presente trabalho.

Nota-se que a regulação está situada como um primeiro capítulo contendo normas gerais sobre os processos nos tribunais. Segue-se-lhe um segundo capítulo contendo normas que também são de cunho geral, isto é, o Capítulo II – Da Ordem dos Processos no Tribunal. Após isso, o novo CPC traz mais oito capítulos contendo normas específicas sobre procedimentos de competência originária dos tribunais, quais sejam: incidente de assunção da competência (art. 947), incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948 a 950), conflito de competência (arts. 951 a 959), homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* à carta rogatória (arts. 960 a 965), ação rescisória (arts. 966 a 975), incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987), e reclamação (arts. 988 a 993).

Ora, sabe-se que, no marco de uma teoria semântica das normas, no sentido de Robert Alexy, os critérios para identificação de normas não devem ser buscados no nível da proposição normativa, mas sim no nível das normas. Um tal critério deixa-se formular com ajuda das modalidades deonticas fundamentais da obrigação, da proibição e da permissão⁵⁶. Sendo assim, a dogmática positivada com o objetivo de regular os precedentes no direito processual civil brasileiro pode ser analisada em termos das obrigações, proibições e permissões a instituídas pelo novo CPC. Esse é o esforço que se buscará fazer na presente seção deste trabalho.

3.1 MANDAMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O art. 926, *caput*, do novo CPC contém um mandamento de uniformização da jurisprudência. Na dicção do dispositivo: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Vê-se, pois, que o mandamento de uniformização está associado a mandamentos adicionais de estabilidade, de integração e de coerência.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 43-4.

Em termos de teoria das normas, vê-se com clareza tratar-se de um princípio no sentido de Robert Alexy⁵⁷. Cuida-se aqui, portanto, de buscar o maior grau fática e juridicamente possível de uniformização da jurisprudência, pois a aplicação desse princípio é de ser restringida por princípios que se colocam em sentido contrário.

Uma pergunta que se deixa colocar desde o início da análise é a pergunta pela constitucionalidade do art. 926, à luz dos arts. 2º e 99 da CRFB. Com efeito, detém o Congresso Nacional competência constitucional para impor tal mandamento de uniformização da jurisprudência, por via de lei ordinária, ou isso exigiria uma reforma constitucional? Na esteira do art. 22, I, combinado com 48, *caput*, da CRFB, tem-se que o Congresso Nacional possui competência para dispor sobre direito processual (o que inclui, por óbvio, direito processual civil). Mas persiste a dúvida: pode o Congresso Nacional obrigar os tribunais, que são órgãos do Poder Judiciário, a uniformizarem suas decisões?

Nesse contexto, convém lembrar o julgamento da ADI nº 2.356, que versou sobre a Emenda Constitucional nº 30/2000 e o parcelamento da liquidação de precatórios pela fazenda pública. O STF deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da EC nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. Entre os fundamentos adotados, um foi que isso atentava “contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei.”

Mais uma tensão que emerge: em conexão com o princípio do federalismo, e à luz do art. 125 da CRFB, pode-se perguntar pela eventual invasão de competência da União na competência dos estados federados para organizarem sua justiça⁵⁸.

Outra questão que se deixa colocar desde já é pelo âmbito dos destinatários da norma. O termo “tribunais” compreende todos os tribunais listados no art. 92 da CRFB? Inclui o CNJ? Inclui o TCU, os Tribunais de Contas dos estados e do Distrito Federal e os Tribunais de Contas dos municípios?

Da leitura conjugada do art. 927, conclui-se que o mandamento se impõe não apenas aos tribunais, mas também aos juízes singulares.

Ainda outra questão polêmica pode ser levantada: os tribunais só estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência em matéria civil? Quanto ao ponto, importa considerar o art. 15 do novo CPC, o qual dispõe acerca da

⁵⁷ *Ibidem*. P. 75.

⁵⁸ A esse respeito, é muito interessante lembrar que o estado da Louisiana, nos EUA, exibe um sistema jurídico fortemente influenciado pelo *civil law* no interior de uma federação de estados regida pelo *common law*.

aplicação supletiva e subsidiária das normas do novo CPC aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Tem-se, assim, que os tribunais eleitorais (art. 92, V da CRFB) e trabalhistas (art. 92, IV da CRFB) estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência, salvo disposição em contrário na norma processual eleitoral ou trabalhista, respectivamente. Com relação aos tribunais administrativos, malgrado não terem fundamento normativo na CRFB, entende-se que também estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência, salvo disposição em contrário na norma processual administrativa.

E no tocante ao direito processual penal? Sabe-se que a aplicação do direito processual civil ao direito processual penal é, na melhor das hipóteses, suplementar, por força do art. 3º do CPP⁵⁹. Portanto, salvo melhor juízo, não parece haver fundamento normativo apto a impor aos tribunais brasileiros a obrigação de uniformizar sua jurisprudência em matéria penal⁶⁰.

Raciocínio análogo vale para o direito processual penal militar. De acordo com o art. 3º do CPPM, a própria legislação processual penal comum é que tem caráter supletivo com relação à legislação processual penal militar. Daí que não parece plausível impor aos tribunais militares (art. 92, VI da CRFB) a obrigação de uniformização de sua jurisprudência.

Prosseguindo a análise do texto legal, tem-se que o §1º do art. 926 dispõe sobre a obrigação de os tribunais editarem enunciados de súmula de sua jurisprudência dominante, de acordo com seus regimentos internos.

O §2º do art. 926, por seu turno, exhibe uma preocupação com o princípio da divisão de poderes (art. 2º da CRFB), ao proibir que os tribunais editem enunciados de súmula divorciados das circunstâncias fáticas trabalhadas nos casos já decididos. Cuida-se, com isso, de proibir que os tribunais legislem positivamente na via oblíqua, isto é, por meio de súmulas. Em outras palavras: se os tribunais possuísem o direito de editar enunciados de súmulas de modo a extrapolar as circunstâncias fáticas dos precedentes que lhe deram ensejo, poderiam violar o disposto no art. 48 da CRFB, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. A norma veiculada pelo §2º do art. 926 ganha importância sobretudo à vista das súmulas vinculantes de que trata o art. 103-A da CRFB.

⁵⁹Cf. também, nessa conexão, Claus Roxin, para o qual “é frequentemente tentado, a partir dos diferentes direitos processuais desenvolver princípios gerais (uma assim chamada *doutrina do direito processual geral*) e a partir disso, então, derivar consequências para o direito processual penal, mas o ganho de uma tal maneira de consideração até agora permanece pequeno” ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch**. 24ª ed., completamente reelaborada. Munique: Beck, 1995. P. 5.

⁶⁰ Confrontem-se, no entanto, os seguintes julgados: REsp 1128170/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 02/09/2014; REsp 1211481/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 15/04/2014.

No tocante aos mandamentos adicionais de estabilidade, de integração e de coerência, é lícito perguntar se fazem referência à obra do filósofo do direito estadunidense, Ronald Dworkin, mais especificamente ao trabalho intitulado *Law's Empire*. Sabe-se que, discorrendo aí sobre conceitos e concepções de direito, Dworkin elenca três concepções rivais do direito, o “convencionalismo”, o “pragmatismo legal”, e o “direito como integridade”, sendo que a última é a concepção por ele defendida. Sabe-se também que, para Dworkin, o direito como integridade aceita o direito e os direitos jurídicos sem reservas⁶¹. Ademais, supõe que as restrições jurídicas beneficiam a sociedade não só propiciando previsibilidade e correção procedimental, ou de outra maneira instrumental, mas também garantindo um tipo de igualdade entre os cidadãos que faz sua comunidade mais genuína e melhora sua justificação moral para o exercício do poder político que faz⁶². Por fim, a teoria do direito como integridade argumenta que os direitos e as responsabilidades fluem das decisões anteriores e assim contam como jurídicos, não apenas quando eles são explicitados nessas decisões, mas também quando eles se seguem dos princípios de moralidade pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem como meio de justificação⁶³.

A tarefa que caberá à jurisprudência nacional é, portanto, determinar se e *em que medida* o novo CPC está comprometido doutrinariamente com a teoria do direito como integridade de Dworkin.

3.2 CONCRETIZAÇÃO DO MANDAMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO

Vê-se que o legislador se preocupou não só com a cominação da norma de uniformização com um caráter principiológico, mas também com detalhar seu modo de cumprimento por meio de regras. O art. 927 regula, pois, o procedimento que os tribunais estarão obrigados a seguir, a fim de concretizar o objetivo imposto pelo art. 926.

É muito importante ler o art. 927 em conjunto com o art. 489, §1º do novo CPC, que dispõe sobre as causas de ausência de fundamentação das decisões judiciais – causas que, *ex vi* do art. 1.022, parágrafo único, inc. II do texto legal, seriam hipóteses de omissão da decisão (sanável na via dos embargos de declaração), mas que, por força do art. 93, IX da CRFB, redundariam em causas de nulidade das decisões judiciais.

O inciso I do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir as decisões do STF prolatadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF). À primeira vista, isso não

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986. P. 95.

⁶² *Ibidem*. P. 95-96.

⁶³ *Ibidem*. P. 96.

acrescenta muito ao que já disposto no art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99 e no art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99.

O inciso II do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir as súmulas vinculantes. No tocante ao ponto, convém lembrar que a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, positivou no texto constitucional o art. 103-A e seus parágrafos, que dispõe sobre a súmula vinculante. A EC nº 45/2004 já foi objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF⁶⁴; todavia, nenhuma questionando o art. 103-A ou seus parágrafos.

É interessante fazer aqui uma menção ao Agravo Regimental na Reclamação nº 3.979/DF⁶⁵, em que o STF abordou expressamente a diferença entre súmulas “ordinárias” e súmulas vinculantes. O Ministro Gilmar Mendes sustentou, em seu voto, que as súmulas “ordinárias” do STF estariam “voltadas a consolidar a jurisprudência da Corte e facilitar a remissão aos seus principais entendimentos consagrados”, ao passo que as súmulas vinculantes estariam

destinadas a vincular (compulsoriamente) o entendimento jurídico e a sua execução material, na Administração Pública (direta e indireta) e nos demais órgãos do Poder Judiciário (ou seja, todos os órgãos à exceção do próprio STF), à exegese que em matéria constitucional proferir e assim decidir classificando esta Corte. (p. 111)

Também é oportuno fazer referência aqui à Lei n. 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, e para os propósitos do presente trabalho, é crucial referir o art. 3º, VI da lei, ao dispor que o Defensor Público-Geral da União tem legitimidade para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

O inciso III do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir os acórdãos prolatados em incidente de assunção de competência (art. 947), em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes), em recurso extraordinário repetitivo (art. 1.036 e seguintes) e em recurso especial repetitivo – formas processuais novas, introduzidas pelo novo CPC. A esse respeito, convém notar que o art. 947, §3º do texto legal faz o enlace com o inciso III do *caput* do art. 927, ao determinar a vinculação dos juízes e órgãos fracionários ao que decidido pelo órgão colegiado do tribunal, em sede de incidente de assunção de competência. Semelhantemente, o art. 985, em seu *caput*, incisos I e II, bem como em seu §1º, visa a garantir a observação dos

⁶⁴ ADIs nºs 3392, 3395, 3423, 3431, 3432, 3472, 3486, 3493, 3520 e 3529.

⁶⁵ Rcl 3979 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00005 EMENT VOL-02235-01 PP-00107 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 262-266 RB v. 18, n. 514, 2006, p. 35-36 RDDP n. 41, 2006, p. 179-181.

precedentes gerados por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. A vinculatividade dos mesmos é assegurada na via da reclamação (art. 988 e seguintes).

O inciso IV do *caput* obriga juízes e tribunais a seguir as súmulas do STF em matéria constitucional e as súmulas do STJ em matéria infraconstitucional.

Por fim, o inciso V do *caput* obriga juízes e tribunais a seguir a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. A norma deve ser lida em conexão com o art. 932, inciso IV, “a” e inciso V, “a” do novo CPC, que dispõe sobre a incumbência do relator de observar as súmulas do próprio tribunal a que está vinculado – além, é claro, do determinado pelos incisos I a IV do art. 927.

Pois bem. O §1º do art. 927 faz referência ao art. 10 do novo CPC, segundo o qual o órgão jurisdicional, na formação do precedente, não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. Demonstra, assim, preocupação com o princípio do contraditório, entendido este, juntamente com Antonio do Passo Cabral, como entabulando direitos da parte de informação-reação e de influência no processo, bem como deveres de colaboração e participação com o processo⁶⁶. Remete também ao art. 489, §1º do novo CPC, o qual regula as causas de ausência de fundamentação das decisões judiciais.

É curiosa a cláusula final do §1º: “quando decidirem com fundamento neste artigo”. À primeira vista, tal cláusula ensejaria a interpretação de que, quando os juízes e tribunais não decidissem com fundamento no art. 927 do novo CPC, não estariam obrigados a observar o art. 10, nem o art. 489, §1º do texto legal. Essa interpretação é, contudo, insustentável à vista do art. 93, IX da CRFB; ademais, estaria em contradição com o que disposto no próprio *caput* do art. 927 do novo CPC. Admitir que um juiz singular tivesse autoridade para prolatar uma decisão não fundamentada e inobservante de uma decisão do STF em sede de ADI seria uma consequência intolerável, no bojo do sistema processual positivado.

Ainda sobre o art. 489, §1º do novo CPC: de acordo com o inciso V, não será devidamente fundamentada a decisão judicial que invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes e sem demonstrar que os fatos do caso se subsomem aos fundamentos determinantes do precedente. De modo paralelo, conforme o inciso VI, não será devidamente fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem operar a distinção do caso concreto (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

À primeira vista, portanto, pareceria que o juiz singular poderia prolatar uma sentença considerada devidamente fundamentada, desde que demonstrasse a superação do entendimento jurisprudencial; é dizer, pareceria que o juiz monocrático poderia operar a *overruling* de um precedente. Ocorre que, no bojo do quadro normativo positivado pelo novo CPC, tal possibilidade está imediatamente excluída, com base nos mandamentos de uniformização e de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

O §2º do art. 927 dispõe sobre audiências públicas, o que poderia ser visto como uma abertura para o princípio democrático (art. 1º da CRFB) no âmbito do poder judiciário. Veja-se que, no art. 58, §2º, II da CRFB, o legislador constituinte originário já havia previsto a realização de audiências públicas, no âmbito das comissões do Congresso Nacional⁶⁷. Convém notar que o art. 983, §1º prevê a realização de audiência pública em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, e o art. 1.038, II, também prevê a realização de audiência pública em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O §3º do art. 927 dispõe sobre a modulação dos efeitos da *overruling*. A regra finalmente positivada é menos permissiva que a regra que era proposta no Substitutivo, o que, sem dúvida, representa uma melhoria. Ainda assim, releva notar que a redação difere sutilmente da redação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e do art. 11 da Lei n. 9.882/99, os quais exigem “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” para autorizar a modulação de efeitos. A diferença está no interesse social: a regra do novo CPC permite a modulação dos efeitos na presença de um interesse social que não seja considerado excepcional, ao passo que a regra das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 exige um interesse social excepcional.

O §4º do art. 927 dispõe sobre a necessidade de fundamentação adequada e específica, em que se vê um reflexo infraconstitucional do art. 93, IX da CRFB. Refere os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. É interessante notar que a fundamentação

⁶⁷ Previsão espelhada pelo art. 90, II do Regimento Interno do Senado Federal, e detalhada no art. 93 do mesmo instrumento, nos seguintes termos:

“Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I – instruir matéria sob sua apreciação;

II – tratar de assunto de interesse público relevante.

§ 1º A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil.

§ 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão.

§ 3º No dia previamente designado, a comissão poderá realizar audiência pública com a presença de, no mínimo, 2 (dois) de seus membros.”

“adequada e específica” monta a uma forma qualificada de fundamentação. Isso levanta um questionamento sobre qual a relação disso com o art. 489, §1º do novo CPC: deve-se concluir que uma decisão que se abstenha de incorrer em qualquer uma das hipóteses ali elencadas seria uma decisão com fundamentação “simples”, mas não seria o suficiente para representar uma decisão com fundamentação qualificada?

Por fim, o §5º do art. 927 dispõe sobre a obrigação de os tribunais divulgarem seus precedentes, preferencialmente pela *internet*. A regra atende aos ditames do art. 93, IX da CRFB, que exige a publicidade de todos os julgamentos do poder judiciário.

2.3 DEFINIÇÃO DE JULGAMENTO DE CASO REPETITIVO

No art. 928, o novo CPC fornece uma definição do que conta como julgamento em casos repetitivos. Trata-se de três hipóteses: (a) decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes); (b) decisão proferida em recurso especial repetitivo (art. 1036 e seguintes); (c) decisão proferida em recurso extraordinário repetitivo (art. 1036 e seguintes).

Para os propósitos do presente trabalho, convém pontuar que, nos termos do art. 977, III do novo CPC, a Defensoria Pública tem legitimidade para pedir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como para requerer a revisão da tese jurídica firmada, a teor do art. 986 do texto legal. Abre-se, portanto, para as Defensorias Públicas dos estados e da União a possibilidade jurídica de influenciar diretamente no desfecho de processos aptos a gerar precedentes.

É notável a ausência, no art. 928, do incidente de assunção de competência. É que, como esclarece o *caput* do art. 947, a instauração do incidente não pressupõe a repetição em múltiplos processos da relevante questão de direito. Isto é, um caso único, isolado, porém veiculador de relevante questão jurídica, já autoriza a instauração do incidente.

4 CONCLUSÕES

Trata-se, aqui, de responder as questões colocadas na introdução do presente trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o tema – o que, a bem da verdade, seria impossível, dadas as limitações inerentes a um trabalho como o presente.

No tocante à primeira questão, pois, constatou-se que a jurisprudência da SCOTUS não adota a doutrina do precedente, isto é, da *stare decisis*, como uma regra definitiva – segundo o modo de aplicação “ou-

tudo-ou-nada”⁶⁸. Em vez disso, o grau de cumprimento da *stare decisis* é variável, coadunando-se com sua natureza de princípio.

Assim, vê-se que, a partir de *Casey*, a SCOTUS trabalha com quatro hipóteses de restrição à aplicabilidade da *stare decisis*, indicados no item 2.2 deste trabalho.

Com relação aos critérios que permitem uma rejeição (*overruling*) de um precedente – ou seja, a não observância da *stare decisis* – constata-se uma oscilação ao longo do tempo, bem como divergências entre posicionamentos majoritários e minoritários da SCOTUS. Nesse contexto, podem-se construir três modelos rivais para a rejeição de precedentes: (i) qualquer precedente pode ser rejeitado, se ele houver sido incorretamente decidido (alternativamente: se ele houver sido mal fundamentado); (ii) um precedente só pode ser rejeitado com base em uma justificação especial – ou seja, não basta o precedente estar incorreto; exige-se algo mais, algo acima de uma consideração de correção ou incorreção; (iii) certos precedentes não podem ser rejeitados, nem mesmo com base em uma justificação especial, pois atingiram um *status* de “super-precedentes”.

Adotando a visão da maioria da Corte em *Citizens United*, pode-se dizer que a visão prevalente, hoje em dia, aproxima-se mais do modelo (i) acima. Qualquer precedente poderia ser rejeitado com base em sua incorreção; no entanto, a rejeição deve dar-se no caminho de uma ponderação.

Com respeito à modulação dos efeitos da rejeição de um precedente, convém remeter o leitor para as conclusões obtidas em um trabalho anterior⁶⁹. Assim, de modo extremamente resumido, pode-se dizer que, no início, os efeitos das decisões da Corte eram retroativos. Com o caso *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965), a Corte passou a negar os efeitos retroativos, desenvolvendo critérios distintos de modulação para o campo criminal (*Stovall v. Denno*, 388 US 293 - 1967) e para o campo cível (*Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 US 97 - 1971). Contudo, na passagem da década de 1980 para 1990, a orientação da Corte mudou, primeiramente com *Griffith v. Kentucky*, 479 US 314 (1987), em que foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito criminal; e, depois, com o caso *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 US 86 (1993), em que foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito cível.

No que se refere à jurisprudência da Suprema Corte do Estado da Louisiana, vê-se que o sistema de *jurisprudence constante* é muito mais

⁶⁸ DWORIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999. P. 24; ALEX, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P.

^{88.}

⁸⁹ CINTRA, Fernando Vogel. **Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de Constitucionalidade**: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil. Monografia de conclusão de curso. Porto Alegre, 2010.

próximo daquilo que tradicionalmente vigeu no Brasil. No entanto, os diferentes níveis hierárquicos das cortes geram dificuldades para a identificação e aplicação da “jurisprudência constante”.

Passando agora ao exame da dogmática dos precedentes positivada pelo novo Código de Processo Civil, constata-se que há uma primeira dúvida concernente à constitucionalidade de certas normas, à luz da divisão dos poderes e, mais especificamente, da independência do poder judiciário. Nessa conexão, deve ser lembrado que o instituto da súmula vinculante foi introduzido no direito brasileiro por meio de emenda constitucional – a qual, posto que várias vezes questionada perante o STF, nunca foi questionada especificamente no tocante ao instituto da súmula vinculante. Daí que se deve averiguar se o Congresso Nacional dispõe de competência constitucional para determinar as mudanças introduzidas pelo novo código.

À primeira vista, a obrigação de seguir os precedentes é bastante abrangente, envolvendo todos os juízes e tribunais pátrios. Mas como dito antes, essa obrigação não abrange os processos penais, nem os processos penais militares.

Muito interessantes afiguram-se as possibilidades geradas pelo incidente de assunção da competência do art. 947. É que, por meio dessa forma processual, um único caso que envolva relevante questão de direito, dotado de grande repercussão social, será apto a formar precedente. Nesse compasso, vale lembrar mais uma vez das palavras do *Justice Cardozo*⁷⁰:

O direito comum [*common law*] não trabalha a partir de verdades pré-estabelecidas de validade universal e inflexível para conclusões derivadas delas dedutivamente. **Seu método é indutivo, e recolhe suas generalizações a partir dos particulares.** O processo foi admiravelmente formulado por Munroe Smith: ‘em seu esforço para dar ao sentido social de justiça uma expressão articulada por meio de regras e de princípios, o método dos peritos em encontrar o direito tem sido sempre experimental. As regras e princípios da jurisprudência [*case law*] nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente retestadas nesses grandes laboratórios do direito, as cortes de justiça [...]’⁷¹.

⁷⁰ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964. P. 22-23.

⁷¹ “The common law does not work from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively. Its method is inductive, and it draws its generalizations from particulars. The process has been admirably stated by Munroe Smith: ‘In their effort to give to the social sense of justice articulate expression in rules and in principles, the method of the lawfinding experts has always been experimental. The rules and principles of case law have never been treated as final truths, but as working hypotheses, continually retested in those great laboratories of the law, the courts of justice [...]’.

Ou seja, o incidente de assunção de competência pode funcionar como verdadeiro mecanismo de indução e generalização no âmbito do direito brasileiro.

Também é notável o peso dado pelo legislador ao princípio do contraditório (art. 927, §1º) e ao princípio democrático (art. 927, §2º) na formação dos precedentes. Sabe-se que o poder judiciário apresenta, estruturalmente, um déficit de legitimidade, eis que seus membros não são eleitos pelo voto popular (à diferença dos membros do poder executivo e do poder legislativo). Nessa ordem de ideias, a ampliação do contraditório e da participação popular visa a emprestar mais legitimidade para os precedentes, de modo a justificar a força obrigatória que apresentam. Outrossim, essas normas podem ser vistas como dando concretude jurídica a uma das regras do discurso prático geral no sentido de Alexy, regra que é classificada como uma regra da razão, atinente à entrada de falantes no discurso: trata-se da regra segundo a qual “cada um que pode falar tem permissão de participar de discursos”⁷².

Com relação à modulação dos efeitos da rejeição de precedente (art. 927, §3º), nota-se que regulação proposta no Substitutivo era muito aberta, tendo sido aperfeiçoada com a publicação do texto final. A regulação do Substitutivo não impunha critérios para a modulação, deixando-a completamente ao arbítrio do órgão julgador. De acordo com o novo CPC, todavia, há critérios mínimos para admitir a modulação: *interesse social e no da segurança jurídica*. São critérios menos rigorosos que os positivados pelas Leis n^{os} 9.868/99 e 9.882/99, de sorte que os tribunais deverão tomar cuidados para que a modulação não venha a reduzir a segurança jurídica, a proteção da confiança e até a isonomia – o que representaria a produção de efeitos contrários aos desejados.

Isso porque, como se depreende da jurisprudência da SCOTUS, a modulação dos efeitos – mesmo quando há uma definição de critérios – pode levar à violação de duas “normas básicas de jurisdição constitucional”: (i) a natureza do *judicial review* retira da Corte a prerrogativa essencialmente legislativa de tornar as regras de direito retroativas ou prospectivas a seu talante; (ii) a aplicação seletiva de novas regras viola o princípio de que se devem tratar igualmente as partes que estão na mesma situação (479 US 314, 322).

Muito importante é a previsão do §4º do art. 927, exigindo a necessidade de fundamentação adequada e específica – portanto qualificada – para a rejeição de precedentes. Tal exigência apresenta-se como fundamental, sobretudo quando colocada em conexão com o conceito tripartite de direito de Alexy, no âmbito do qual a pretensão de correção é um

⁷² ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 240.

dos três elementos. Para Alexy, tanto normas jurídicas individuais e decisões jurídicas individuais, quanto sistemas jurídicos como um todo levantam necessariamente uma pretensão de correção⁷³.

Seria, portanto, contrário ao próprio conceito de direito um sistema jurídico-dogmático de precedentes que não se abrisse para a pretensão de correção. Quanto ao ponto, convém referir a posição de Felipe Kirchner⁷⁴, o qual, referindo Maria Cláudia Cachapuz, sustenta que

não há uma dissociação necessária entre as funções de universalidade (necessária à estrutura aberta) e da particularidade (reservada à experiência concreta). Somente com a conciliação destas duas dimensões é que se dará a equalização entre a segurança da estrutura normativa e a imprescindível abertura ao caso fático em exame.

Desse modo, observa-se que o novo CPC busca institucionalizar a pretensão de correção dos precedentes pela imposição da necessidade de uma fundamentação melhor, ou mais correta, para a rejeição de um precedente estabelecido.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4^a ed. Freiburg: Verlag Karl Alber, 2005.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**. Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 775-822, 2005.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999.

⁷³ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4^a ed. Freiburg: Verlag Karl Alber, 2005. P. 64.

⁷⁴KIRCHNER, Felipe. **Hermenêutica Contratual e Concreção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. P. 191.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 193-204.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964.

CINTRA, Fernando Vogel. **Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de Constitucionalidade**: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil. Monografia de conclusão de curso. Porto Alegre, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Ardoin v. Hartford Acc. & Indem. Co.*, 360 So. 2d 1331 (1978).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Doerr v. Mobil Oil Corp.*, 774 So. 2d 119 (2000).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company*, 236 So. 2d 216 (1970).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Willis-Knighton Medical v. Sales Tax Com'n*, 903 So. 2d 1071 (2005).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Arizona v. Rumsey*, 467 US 203 (1984).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 130 S. Ct. 876 (2010).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Dickerson v. United States*, 530 US 428 (2000).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Payne v. Tennessee*, 501 US 808 (1991).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965).

FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

KIRCHNER, Felipe. **Hermenêutica Contratual e Concreção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

KUHN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**. Second edition, enlarged. Chicago: Chicago University Press, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

POPPER, Karl. **Logik der Forschung**. 10ª ed., melhorada e aumentada. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

RE, Edward Dominic. Stare Decisis. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Education and Training Series**. Washington: Federal Judicial Center, 1975.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.088.045, Relator Ministro Massami Uyeda, julgamento em 22/09/2009, Terceira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 (Medida Liminar), Relator Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 3.979/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/05/2006, Tribunal Pleno.

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht:** ein Studienbuch. 24ª ed., completamente reelaborada. Munique: Beck, 1995.

SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. **George Mason Law Review**. Arlington, v. 14:2, p. 363-411, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STARGER, Colin. The dialectic of stare decisis doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013.

STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. **Syracuse Law Review**. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.