

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Eduardo Fontes da Silva

**A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO E SEUS INFLUXOS NO CABIMENTO DE AÇÃO
RESCISÓRIA COM BASE NO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Juiz de Fora - MG

2013

EDUARDO FONTES DA SILVA

**A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO E SEUS INFLUXOS NO CABIMENTO DE AÇÃO
RESCISÓRIA COM BASE NO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora como requisito para a
graduação no curso de Direito.

Orientadora: Professora Doutora Aline
Passos Araújo

Juiz de Fora – MG

2013

EDUARDO FONTES DA SILVA

**A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO E SEUS INFLUXOS NO CABIMENTO DE AÇÃO
RESCISÓRIA COM BASE NO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr.^a Aline Araújo Passos

Prof. Me. Márcio Carvalho Faria

Prof^a. Bel^a. Isabela Gusman Ribeiro do Vale

Juiz de Fora

2013

*A todo esforço e amor de meus pais.
A todos os auxílios de minha família.
A todo carinho de minha amada.
A toda sabedoria de meus mestres.
A todo apoio de meus amigos.*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da teoria dos precedentes judiciais ao direito processual civil brasileiro e, especificamente, se há possibilidade de que precedentes judiciais sirvam como hipótese de cabimento de ação rescisória. A partir de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, pretende-se, nesse trabalho, fazer uma rápida análise histórica e verificar a tendência de convergência entre as tradições da *Common Law* e da *Civil Law* nas últimas décadas, mostrar os elementos dos precedentes na *Common Law* e a vinculação dos mesmos a partir do *stare decisis*, bem como identificar a criatividade da atividade jurisdicional como pressuposto chave em ambas as tradições. A partir desse ponto, o trabalho se prestará a superar a concepção positivista de fontes do direito, buscando uma conceituação a partir da teoria argumentativa, de modo a incluir o precedente como fonte do direito. A partir de critérios pré-concebidos, procurar-se-á a identificar graus de vinculatividade dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro. Diante desse quadro, passará a analisar a hipótese de cabimento de ação rescisória disposta no art. 485, V do Código de Processo Civil e a questionar a ideia doutrinária e jurisprudencial de que apenas a lei pode servir de sustentação para tal hipótese. A partir de critérios de vinculatividade de fontes, será defendido que certos precedentes judiciais venham a servir como *causa petendi* do pleito rescisório.

Palavras-chaves: precedente judicial; convergência entre *Civil Law* e *Common Law*; criação jurisdicional do direito; teoria argumentativa das fontes do direito; vinculatividade do precedentes; cabimento de ação rescisória.

ABSTRACT

This study aims to examine the application of the theory of judicial precedents in the branch of Brazilian civil procedural law and, specifically, whether there is possibility that precedents serve as appropriateness hypothesis of rescission action. From a bibliographical methodology, it is intended, in this work, to do a quick historical review and verify the trend of convergence between the traditions of *Common Law* and *Civil Law* in recent decades. It is also intended to show the elements and the binding of the common law precedents from *stare decisis* as well as identifying the creativity of judicial activity as key assumption in both traditions. From that point, the work will lend itself to overcome the positivist conception of the sources of the right, seeking a conceptualization from argumentation theory, to include the precedent as a source of law. From criteria, it will seek to identify degrees of binding judicial precedents in the Brazilian legal system. Given this situation, it will examine the hypothesis appropriateness of rescission action ready in art. 485, V of the Brazilian Code of Civil Procedure and it will question the doctrinal and jurisprudential idea that only the law can serve as such. From criteria of degree of binding of the sources, it is proposed the possibility that certain precedents judicial can serves as *causa petendi* of rescission action.

Keywords: judicial precedent; convergence between *Common Law* and *Civil Law*; jurisdictional creation of the right; argumentation theory of the sources of the right; precedents binding effect; appropriateness hypothesis of rescission action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	9
1.1. BREVE PARALELO ENTRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW E A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES	9
1.2. PRECEDENTES JUDICIAIS E O <i>STARE DECISIS</i> NA <i>COMMON LAW</i>	14
1.3. CRIAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO	18
1.4. SUPERACÃO DA TEORIA POSITIVISTA DE FONTES DO DIREITO: PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO E CRITÉRIOS PARA AFERIR SUA VINCULATIVIDADE A PARTIR DE UMA TEORIA ARGUMENTATIVA.....	21
1.5. A VINCULATIVIDADE DAS FORMAS PRECEDENCIALISTAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	26
2. A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA	32
2.1. COISA JULGADA E AS HIPÓTESES LEGAIS DE DESCONSTITUIÇÃO MEDIANTE AÇÃO RESCISÓRIA.....	32
2.2. OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI: DIREITO EM TESE E A VINCULATIVIDADE DA FONTE DO DIREITO PARA ANÁLISE DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA	34
2.3. PRECEDENTES JUDICIAIS E AÇÃO RESCISÓRIA: QUAIS PRECEDENTES PODEM SERVIR DE CABIMENTO E EM QUAIS HIPÓTESES PODERÃO SER APLICADOS.....	40
3. CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUÇÃO

O tema do precedente judicial vem ganhando cada vez mais relevância na doutrina e prática dos países que se alinham à *Civil Law*. O presente trabalho procura estudar o referido tema, à luz do sistema processual brasileiro, delimitando sua análise num instituto específico do direito processual civil, qual seja, a ação rescisória.

Valendo-se de metodologia de pesquisa bibliográfica e utilizando-se, basicamente, da análise de textos doutrinários sobre o tema, tentar-se-á examinar, no presente trabalho, o problema referente à possibilidade de utilização de precedentes judiciais como hipótese de cabimento de ação rescisória. Parte-se da hipótese de que a partir do precedente judicial é cabível o instrumento da ação rescisória para atacar a coisa julgada de uma decisão final de mérito.

Uma devida observação da temática e do problema apresentado é importante do ponto de vista doutrinário, uma vez que pretende fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema dos precedentes judiciais.

Em que pese a história muitas vezes divergente entre as principais tradições ocidentais, diz-se na doutrina, como se analisará no presente estudo, que a *Civil Law* e a *Common Law* estão num tendência de convergência, havendo uma aproximação cada vez maior entre ambos, em virtude do aumento da atividade jurisdicional provocada por diversos fatores que se pretenderá examinar. O próprio direito brasileiro não se vê livre dessas modificações, podendo ser encontradas várias formas precedencialistas dotadas de efeito cada vez mais obrigatório, tal como a criação da súmula vinculante, dentre várias outras.

Diante disso, avaliar-se-á como esses precedentes judiciais brasileiros podem influenciar a ação rescisória, em específico, a hipótese de cabimento prevista no art. 485, V do Código de Processo Civil, quanto a violação literal de lei, de forma a entender se podem eles ser *causa petendi* do pleito de desconstituição da coisa julgada.

A parte majoritária da doutrina, como haveremos de analisar, entende não ser cabível ação rescisória que viole precedentes judiciais. Afirma que há de haver uma ofensa a alguma norma jurídica, mas baseada em fonte escrita, que deve ser encontrada apenas em uma disposição legal. Nesse diapasão o entendimento para a doutrina majoritária é que lei deve ser entendida em sentido amplo, bastando que haja ofensa à Constituição, lei ordinária, complementar ou delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução, decreto emanado pelo Executivo, ato normativo baixado pelo Judiciário. Minoritariamente, há

corrente, encabeçada por Pontes de Miranda, que entende que qualquer violação a direito em tese deve ser entendida como cabimento de ação rescisória.

Entretanto, partindo-se de uma ideia de possibilidade de criação jurisdicional do direito e da superação da teoria positivista de fontes do direito, será proposta, com base no marco teórico encontrado no livro *Teoria do precedente judicial*, de Thomas Bustamante, que se utilize uma nova definição de fonte do direito a partir de uma teoria de argumentação. A partir de então, será possível classificar as fontes em institucionais ou materiais, bem como pelo grau de vinculatividade das mesmas.

O presente trabalho tem por objetivo geral fundamentar, juridicamente, a forma como o precedente judicial pode ser utilizado como hipótese de cabimento de ação rescisória. Especificamente, procura, também, apresentar uma breve evolução histórica da *Civil Law* e da *Common Law*, bem como dispor sobre a convergência entre as tradições; demonstrar os elementos do precedente judicial na *Common Law* e como se dá sua vinculação pelo *stare decisis*. Além disso, procurar-se-á confirmar a atividade criativa de direito desempenhada pela função jurisdicional; analisar uma teoria argumentativa de fontes do direito e dispor sobre sua classificação, principalmente quanto à vinculação. Assim, tem-se como uma das finalidades específicas avaliar se é possível se falar em precedentes vinculantes no direito brasileiro. Por fim, tem como objetivo específico examinar o instituto da ação rescisória e seu cabimento, especialmente, relativo à literal violação de lei e atingir o real significado desta expressão.

1. PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

1.1. BREVE PARALELO ENTRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW E A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES

A história da evolução da cultura jurídica ocidental culminou em dois grandes campos de tradições jurídicas, com distintas linhas e modos de pensar, conceber e praticar o direito (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 11). A partir de diversos fatores históricos formaram-se as tradições da *Civil Law* e da *Common Law*.

Caracteriza-se, basicamente, a *Civil Law*, como aquela tradição, advinda do continente europeu, baseada em textos de autoridades dotadas de caráter jurídico, feitos por integrantes do Poder Legislativo, em que esteve presente, no curso de sua história, um processo voltado à codificação. Já a *Common Law*, que se teve nos países anglo-saxões, em curtas linhas, caracteriza-se por um direito criado a partir da resolução de casos concretos (*case law*), vinculando-se, assim, a casos já decididos pelo judiciário, seguindo os parâmetros de uma evolução jurídica distinta do continente. Essas tradições foram difundidas, de modo que os sistemas jurídicos dos países ocidentais, em sua grande maioria, têm por base uma dessas maneiras de conceber, pensar e praticar o Direito. Tais características só se tornaram possíveis a partir de suas evoluções históricas distintas (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 12).

Uma vez que houve uma maior continuidade histórica de seu direito, pode-se dizer que a *Common Law* possuiu uma evolução histórica mais linear do que a *Civil Law*. Aquela foi produto de uma transmissão às gerações que se seguiram de práticas que foram sendo adotadas ao longo do tempo, de modo um tanto quanto permanente e uniforme, (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p.36), não possuindo grandes rupturas em seu passado como ocorreu na *Civil Law* (WAMBIER, 2012, p. 20). Esta, por sinal, é marcada por dois momentos de grande e rápida modificação, de cunho acentuadamente racional.

Até o final do século XII, não há que se falar em diferentes tradições, já que toda a Europa vivia um momento jurídico comum, em que se seguia um direito germânico-feudal comum (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 13), baseado no costume. Entretanto, a partir daí, haverá um marco inicial de diferenciação das tradições, que é também o primeiro fator de ruptura na caracterização histórica da *Civil Law*. Tal fator é a recepção do direito romano.

A redescoberta e a aplicação do direito romano será o marco para a distinção das tradições. Em Bolonha, na Itália, surgiu no século XI e XII um ensino jurídico nas faculdades voltado à interpretação e análise de textos de direito romano, que acabaram criando verdadeira linguagem técnica sobre o direito. Os discípulos se espalharam pela Europa e, aos poucos, o direito romano veio a possuir um papel de destaque no seio do direito comum (*Ius Commune*) continental.

Tido como reflexos de valores permanentes e gerais da razão humana, o direito romano espalhou-se no século XIII pela Europa continental, sendo visto como uma fonte de direito, cuja função era subsidiária e de modelo. Observa-se, ainda, que o direito romano coexistia com outras fontes de direito, tal como o canônico e o local, num verdadeiro pluralismo jurídico (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 15).

Ressalta-se que o estudo do direito romano foi obra exclusiva de juristas nas universidades, tendo como pano de fundo a análise de um texto de autoridade a partir dos escritos romanos, concebidos como modelo de razão escrita e eleitos fundamento exclusivo da educação jurídica.

Lado outro, tal influxo de recepção do direito romano na Europa insular simplesmente não ocorreu. Em que pese o direito romano também ser estudado nas Universidades de Oxford e Cambridge (DAVID, 1993, p. 307), não houve grande influência nos tribunais do direito inglês¹. O direito romano se opunha ao velho direito feudal de origem normanda, tido como fundamento e título de toda propriedade, servindo como garantia de direitos dos súditos, de modo que qualquer alteração na forma do direito significaria perturbação política e social muito grande (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 19).

Dessa forma, o direito inglês desenvolveu-se independentemente da recepção do direito romano, a partir de uma classe de técnicos em direito, que solucionavam os casos concretos, de modo que a *Common Law* evoluía na prática dos tribunais e desenvolvia uma jurisprudência criativa.

Sobre a evolução do direito anglo-saxão, observa-se que nos séculos X e XI, a Inglaterra possuía inúmeros distritos territoriais onde funcionavam cortes jurisdicionais, que aplicavam a justiça de acordo com os costumes locais. Entretanto, tal panorama passa por uma modificação com a chegada dos normandos em 1066, momento em que se estabeleceu um poder central forte. Mesmo que na conquista normanda tenham sido mantidas as cortes distritais, foi-se, ao longo do tempo, criando um aparato unitário e permanente na capital

¹ O motivo seria pelo fato de que, enquanto na Europa continental, juízes e advogados, em regra necessitavam ter formação universitária, na Inglaterra nunca se exigiu tal titulação aos mesmos agentes (DAVID, 2006, p. 3).

Londres, com tribunais cuja competência foi se alargando com o passar dos séculos e despojando as jurisdições locais, o que manteve o direito inglês um tanto quanto comum em todo o território (DAVID, 1993, p. 285-286). Assim, o direito baseado nos costumes locais foi sendo superado por um direito comum (*common law*) inglês, de cunho basicamente jurisprudencial, construído pelas decisões dos tribunais superiores, que foi disseminado na Inglaterra.

Vindo a ser alargada a competência das Cortes Reais, criou-se paralelamente, a figura de um “recurso ao rei”, que na verdade veio, com o passar do tempo, a ser julgado por um Chanceler, alto funcionário da coroa. A *equity*, como foi chamada a jurisprudência do Chanceler, acabou complementando o direito formalista das Cortes Reais, trazendo uma estrutura dualista ao sistema jurídico. Mesmo com a reunião da jurisdição superior no século XIX, tal estrutura deixou reflexos na *Supreme Court of Judicature*, por meio da aplicação de dois ritos processuais diferentes numa mesma corte (DAVID, 2006, p. 4-11).

A prática judicial inglesa desde muito já possuía a tradição da citação de casos antigos com o fim de exemplificar o direito. Entretanto, a *Common Law* não nasceu com a teoria do *stare decisis* (precedentes vinculantes). Esta teoria teve início na referida tradição na Inglaterra do século XV, momento no qual se tornou hábito para os juízes reunirem-se nas Cortes para discutir casos mais importantes e complexos. Após deliberação, o caso retornava à Câmara, onde era proferida a decisão, em respeito ao discutido, mesmo que o juiz prolator viesse a ter sido minoria (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 24). A obrigatoriedade, contudo, da observância de precedentes judiciais só veio a ser estabelecida no século XIX, na qual uma Corte inferior acabaria estando vinculada às decisões emanadas numa Corte hierarquicamente superior que venha a tratar de semelhante questão (DRUMMOND, CROCETTI, 2010 p. 25).

Dessa forma, com suas evoluções e certas modificações no sentido de trazer centralidade e uniformidade ao direito, deu-se continuidade histórica às tradições no direito insular. Mesmo numa avaliação geral das Revoluções Puritana e Gloriosa é possível aferir a continuidade do sistema. Basicamente, a reclamação do povo inglês referia-se aos direitos e garantias que já davam como fundamento a *Common Law*, já que esta era vista e defendida como manifestação das tradições da Inglaterra e seu direito. Dessa forma, o poder da Coroa inglesa sempre veio sendo limitado pelo direito tradicional. Tal situação é exemplificada na Revolução Gloriosa, com o triunfo do Parlamento, este que assumiu a assecuração da tradição da *Common Law* e dos tribunais em face de atitudes hostis da Coroa Inglesa (DRUMMOND, CROCETTI, 2010, p. 29-30).

Observa-se também a atitude progressista desempenhado pelos juízes ingleses, contrários aos abusos do poder. Neste contexto, verifica-se a ausência de choque entre o Parlamento e os juízes quando das revoluções inglesas do século XVII.

Um poder central forte também veio a ser provado no Continente. O *Ius Comune* continental abriu espaço para a secularização da produção jurídica e monopólio estatal de criação de fontes do direito a partir da construção dos Estados Nacionais, fenômeno que se deu com a presença marcante de monarcas absolutistas. Nesse contexto, as figuras do monarca e do Estado praticamente se identificavam (WAMBIER, 2012, p. 25).

Com os abusos dos poderes dos monarcas frente aos seus súditos, os ideais iluministas de limitação do poder pelo próprio poder começaram a surgir, bem como o pensamento de um governo não de homens, mas da Lei. Nesse diapasão, encontramos a segunda ruptura que caracterizou a *Civil Law*, a Revolução Francesa, baseada nas ideias iluministas (WAMBIER, 2012, p. 25). Nela ruíu a concepção de um poder central único, nascendo a prática do poder ser dividido em funções a serem exercidas por diversos e separados órgãos. Deu-se foco ao poder legislativo, a quem cabia criar leis, vistas como fruto da vontade popular, e que também daria conta de abarcar, por dedução, todas as situações empíricas possíveis. Passou-se a ter a noção de que somente as normas advindas da Lei seriam consideradas direito. Diante desse quadro, o papel do Judiciário acabou por ser destinado a simples “boca da lei”, numa função meramente declaradora da intenção do legislador, não lhe sendo possível, na ótica doutrinária da época, criar direito. É nesse diapasão que surge na *Civil Law* o processo de codificação, baseado na elaboração legislativa de textos de autoridades, reunidos sistematicamente, tidos como eternos e universais.

Como visto, o Continente rompia com o regime e o direito anterior, ao passo que Inglaterra primava pela manutenção de sua tradição. Enquanto a Europa continental limitava a atuação dos juízes apenas à aplicação da Lei, na Europa insular os juízes continuavam em sua atividade abertamente criativa quanto ao direito, ainda que limitados por outros precedentes vinculantes.

Em que pesem todos esses caminhos históricos que as duas tradições jurídicas ocidentais tomaram, a ponto de haverem vários pontos de incompreensão mútua, a partir do século XX alguns fatores, relativos ao reconhecimento da criação judicial do direito e sua expansão no cenário da *Civil Law*, modificaram esse panorama, possibilitando certa convergência entre a *Civil Law* e a *Common Law*.

Ao longo do século XX, foram experimentados novos influxos que trouxeram a *Civil Law* para próximo da *Common Law*². É nesse contexto que, nos países da primeira tradição, provou-se um aumento do poder do judiciário, com um crescimento da criação judicial do direito.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente a progressiva perda de importância dos Códigos na tradição da *Civil Law* e queda do dogma da completude dos mesmos. Ao passo em que a complexidade social foi aumentando, cada vez mais novas situações que mereciam destaque do direito foram aparecendo. Assim, a atividade legislativa fez-se cada vez mais densa, agora não sobre a utilização do Código, mas na criação de estatutos e, também, de leis esparsas e difusas. Não sendo mais possível um corpo legislativo monolítico, criaram-se, quando possível, diversos microssistemas, quase autônomos do sistema do código (TEPEDINO, 2001, p. 13).

Diante desse quadro de situações de fato gradativamente mais complexas, para se dar maior efetividade ao sistema codificado que se viu incompleto, passou-se a se fazer uso constante da técnica legislativa das cláusulas gerais³, deixando-se ao juiz e intérprete maior possibilidade de interpretar e adaptar a norma às circunstâncias dos casos concretos⁴.

É de se perceber, também, a maior intervenção do Estado e do Direito em campos que antes tal intervenção era impensável, como na economia, na saúde, na seguridade social, no meio ambiente, dentre outros, configurando-se um novo modelo de Estado, o *welfare state*. Nesse diapasão, cada vez mais normas foram criadas para abarcar a intervenção estatal, de modo que o judiciário se viu diante de novos conflitos, com maiores espaços de discricionariedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 42). A própria expansão do direito legislativo proporcionou expansão do direito judiciário (CAPPELLETTI, 1993, p. 18).

Outro grande fator de modificação importante a ser observado é o constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra. Aponta BARROSO (2010, p. 86-87) que as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição, em que a esta passa para o centro do sistema jurídico, possuindo

² Em que pese neste trabalho tratarmos especificamente das modificações do *Civil Law* de forma a aproximar do *Common Law*, é válido observar que o contrário também ocorreu. Nesse sentido, o *Common Law* inclusive passou a editar mais leis escritas. O direito inglês atribui hoje cada vez mais importância à lei (DAVID, 2006, p. 11).

³ Sobre a importância atualmente das cláusulas gerais, dispõe TEPEDINO (2001, p.20): “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.”

⁴ No modelo jurídico brasileiro, exemplifica-se a adoção maior de cláusulas gerais na adoção do novo Código Civil. Assim já dizia Miguel Reale, quando o Novo Código ainda era um anteprojeto: “Isto posto, o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa.” (REALE 1998, p. 22-30).

não só supremacia formal, mas também material e axiológica, trazendo as bases principiológicas do ordenamento jurídico e alcançando todos os ramos tradicionais e autônomos do direito.

Dessa forma, o movimento constitucionalista do pós-guerra, em sua necessidade de asseguarção de direitos fundamentais, retirou ainda mais a importância dos Códigos e do poder legislativo, afastando-se deles o centro de gravidade da ordem jurídica dos sistemas relacionados à tradição da *Civil Law*, centro jurídico esse que passa, como visto, para a Constituição (BARROSO, 2010, p. 86). Para a garantia de respeito desses valores estabelecidos nas Cartas Magnas, disseminou-se a ideia de uma jurisdição constitucional, o que culminou com a criação de diversos tribunais constitucionais mundo afora (CAPPELLETTI, 1993, p. 124).

Há que se falar da experimentada força normativa dos princípios e sua inclusão no centro do ordenamento, com papel de orientar a criação, interpretação e aplicação de regras, sendo mandamentos de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível, mas constituindo o ponto de partida de qualquer análise jurídica (ALMEIDA, 2009, p. 169). Tem-se aumentado o poder jurisdicional, na medida em que, mesmo na *Civil Law*, o juiz passa a fazer uma análise de ponderação, devendo analisar se as normas estabelecidas pelo legislador são adequadas de acordo com certos princípios, bem como examinar a constitucionalidade das mesmas. A análise de constitucionalidade, seja por um juiz ou por uma corte suprema de jurisdição constitucional, deu ao Judiciário o poder de controlar o próprio legislador (CAPPELLETTI, 1993, p. 48).

Diante desse quadro cada vez maior de convergência entre as tradições e, mais especificamente, o aumento de importância da jurisdição e expansão da criatividade judiciária na *Civil Law*, faz-se mister que os sistemas dessa tradição passem a estudar e incorporar regras de aplicação de precedentes judiciais vinculantes como meio para garantir ao sistema maior unidade e para ser reforçada a previsibilidade e isonomia nas decisões proferidas pelos juízes nos países de tradição romanista.

1.2. PRECEDENTES JUDICIAIS E O *STARE DECISIS* NA *COMMON LAW*

Tendo em vista o crescimento da criação judicial do direito dentro da tradição da *Civil Law* ao longo do século XX, é interessante se fazer um estudo do modelo da *Common Law* de

modo a ser possível avaliar suas estruturas e aproveitá-las para a manutenção das instituições, bem como da previsibilidade do direito.

Sobre a criação judicial do direito, não há como negar que foi na *Common Law* que tal fenômeno foi mais reconhecido e onde foram criados mecanismos específicos para a garantia da coerência jurídica. A *Common Law* sempre esteve calcada na ideia do *case law* e do *judge-made law* (ODAHARA, 2010, p. 65). Seu direito foi formado diante da resolução prática de casos concretos e aplicação, com o passar do tempo, dos precedentes judiciais advindos de decisões anteriores.

Segundo BLACK (*apud* SOUZA, 2006, p. 41), é possível definir o precedente judicial como “*um caso sentenciado ou decisão considerada como fornecedora de um exemplo de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito*”.

Todo precedente judicial possui autoridade de modo possa influenciar as decisões de demais juízes ao menos de forma persuasiva (SOUZA, 2006, p. 52). Entretanto, na *Common Law*, por força da necessidade de certa previsibilidade, ao longo do tempo, algumas emanações judiciais do direito inglês, de acordo com certas circunstâncias e certos âmbitos de abrangência, foram se tornando precedentes, sendo aplicados de forma obrigatória e vinculante, de acordo com a doutrina do *stare decisis*.

Segundo tal doutrina, uma Corte inferior estaria vinculada aos precedentes judiciais emanados de Cortes superiores (efeito vinculante vertical), além de se vincular, também, aos seus próprios precedentes (efeito vinculante horizontal), de forma que, em situações semelhantes, seria obrigatório seguir a mesma resolução aplicada na Corte superior ou na mesma Corte.

Observa-se, todavia, que apenas os precedentes das Cortes Superiores na Inglaterra têm a qualidade de serem obrigatórios. Dessa forma, as decisões da Câmara dos Lordes vinculam todas as jurisdições; as decisões da *Court of Appeal* vinculam as jurisdições inferiores, das quais não se inclui a Câmara dos Lordes. Por outro lado, decisões do *High Court of Justice* e do *Crown Court*, em que pese o grande poder de persuasão, não são obrigatórias nas cortes inferiores (DAVID, 1993, p. 341-342). Verifica-se, também, que a vinculação do tribunal aos seus próprios precedentes (efeito vinculante horizontal) vem sendo amenizada na Inglaterra, de modo que há reconhecimento de que as novas decisões da Câmara dos Lordes, a depender de interesses da justiça, poderiam se afastar de seus precedentes. Já a doutrina do *stare decisis* dos Estados Unidos da América dispõe que as

decisões do Tribunal superior vinculam os Tribunais inferiores, mas o próprio Tribunal não está vinculado aos seus precedentes. (DAVID, 1993, p. 391).

Em verdade, o que vincula no *stare decisis* não é bem a decisão judicial das Cortes Superiores em si, mas sim, a *ratio decidendi* ou a *holding* da mesma, que deve ser entendida como uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou questões de um caso pelo juiz (MITIDIERO, 2012, p. 71). É a essência da tese jurídica, necessária para explicar o resultado do julgamento. Por possuir uma dimensão prescritiva, pode ser abstraída e aplicada em demais casos posteriores, cujos próprios casos ou as questões jurídicas debatidas são semelhantes.

A partir da análise dos fatos fundamentais, da conclusão e decisão proferida, é possível, ao aplicador do precedente, separar a *ratio decidendi*, as razões determinantes, do *obiter dictum*, pronunciamentos que, por definição negativa, não se relacionam diretamente com os fatos relevantes e com a decisão, não sendo os argumentos necessários e relevantes para se chegar à conclusão. Entretanto, é de se analisar, podem servir como proposições de direito com poder de persuasão, sendo fontes permitidas. Mas, segundo dispõe a doutrina na *Common Law*, nunca serão obrigatórias, já que apenas a *ratio decidendi* poderia, a princípio, ser.

A partir de então, o precedente judicial deverá ser seguido se presentes as condições do *stare decisis* já apontadas. Fora desses parâmetros, o precedente ainda servirá como poder persuasivo, uma vez que, ainda que sem caráter cogente, pode ser aplicado como meio de justificação da decisão.

Após a identificação da *ratio decidendi*, a aplicação do precedente judicial assemelha-se à aplicação do texto legal da *Civil Law*, consubstanciando em processos de subsunção e ponderação.

Na dimensão prescritiva do precedente, a tese jurídica (*ratio*) de uma decisão anterior é tida como um enunciado universalizado, de modo que todos os casos em que a mesma justificativa for possível de ser utilizada são enquadrados na hipótese normativa prescrita pelo precedente. Assim, será aplicada a consequência jurídica, qual seja a nova decisão judiciária, de acordo com os padrões estabelecidos no precedente.

Há casos, entretanto, que o precedente não será aplicado, seja por impossibilidade de juízo de subsunção ou por questão de juízo de ponderação. No primeiro caso, verificar-se-ia a hipótese, por exemplo, de cotejo de casos em que as similitudes não são suficientes, uma vez que presentes elementos distintos que influenciam na decisão judicial, de forma que não se ensinaria a mesma justificativa e mesma sentença. Constatando o aplicador a existência de

particularidade relevante que o diferencia, que torne suficientemente diferente a ponto de não ser possível utilizar a *ratio decidendi* de outro caso julgado, será o caso, obviamente, de afastamento da aplicação do precedente, visto que ele não se encaixará no quadro lógico do juízo de subsunção (CAMARGO, 2012, p. 564-565). O juízo de distinção, ou *distinguishing*, leva em conta a existência de os fatos fundamentais não coincidentes entre o precedente e o caso em questão. Diante da análise de outras variáveis aos casos concretos, tal poder de distinção é importante, pois garante certa flexibilidade ao sistema.

Sobre ocasiões de não aplicação do precedente judicial por conta de juízo de ponderação, cita-se a hipótese de *overruling* ou revogação do precedente. Trata-se de um caso de afastamento da regra trazida pela jurisprudência, atribuindo novo e diferente regramento em um caso compreendido na hipótese de incidência daquela regra anterior (BUSTAMANTE, 2012, p. 387). Não apenas um discurso de não fundamentação da regra precedencialista, trata-se de um discurso jurídico a respeito da própria validade da norma jurisprudencial anterior e importando em sua ab-rogação.

A doutrina do *stare decisis* não é mais vista como absoluta nem mesmo no direito inglês, sendo possível que um precedente venha a deixar de ser aplicado por questão de justiça, evolução social ou do direito. O *overruling* também é um mecanismo de flexibilização, mas deve ser praticado com o cuidado de modo a não se ver em demasia perda de estabilidade e confiança.

Diante do aumento da importância do Poder Jurisdicional vivido nas últimas décadas nos países alinhados à *Civil Law*, faz-se importante o estudo do precedente judicial pelos sistemas jurídicos da tradição da *Common Law*⁵. Por força do princípio da igualdade, é necessário que a atividade jurisdicional interprete e aplique o direito de forma semelhante a casos com a mesma fundamentação, dando ao direito maior unidade e coerência. A aplicação de um precedente judicial impõe previsibilidade e segurança jurídica ao jurisdicionado, bem como seja dada uma prestação jurisdicional mais qualificada (CAMARGO, 2012, p. 572 a 582)⁶.

Em que pese a tradição jurídica da *Common Law* na construção jurisprudencial do direito, a criatividade judiciária e a vinculatividade dos precedentes não é exclusiva do sistema do *stare decisis* inglês ou americano, como restará demonstrado a seguir.

⁵ O que não deve importar no simples transporte e adoção do *stare decisis* para nosso peculiar sistema jurídico, mas sim o aproveitamento do saber consolidado pelo direito anglo-americano para resolução de alguns problemas, sempre compatíveis com nossa tradição e realidade. Nesse sentido, SOUZA (2006, p. 283).

⁶ Nesse sentido, também se observa que nem mesmo a liberdade do juiz na interpretação da lei pode servir como óbice para se adotar uma cultura de respeito aos precedentes na *Civil Law*, pois nem mesmo tal direito deve ser visto como absoluto, podendo encontrar limites numa certa vinculação a certas *ratio decidendi* anteriores (SANTOS, 2012, p. 191).

1.3. CRIAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO

A partir do século XX, vem sendo percebido um movimento metodológico importante no cenário da *Civil Law*, relativo à desconstrução do dogma de que a atuação do judiciário estaria limitada à mera aplicação legal. Segundo tal dogma, pautado na ideologia positivista que predominou da Revolução Francesa e do início das codificações até antes da metade do séc. XX, a atuação jurisdicional possuiria uma natureza meramente declaratória do que se encontra no texto legal, devendo se pautar em juízo de subsunção do texto legal. Por sinal, a lei era tida como emanção precípua do direito, a vontade estabelecida pelo legislador. Em última análise, vem a ser vista como a vontade do povo, de modo que o judiciário não poderia se afastar da mesma.

Como visto, as duas rupturas analisadas na evolução histórica da tradição da *Civil Law* trouxeram uma mentalidade de respeito a um texto de autoridade, escrito na forma de leis e códigos, com uma conseqüente negativa à atividade judiciária na criação do direito. É nesse diapasão que se formou a ideia de *submissão quotidiana à lei* (DAVID, 1993, p. 118) por parte dos magistrados dos países da *Civil Law*.

Para o correto entendimento do sistema jurídico, é necessária a superação desse modelo positivista de concepção meramente formal de que a ordem jurídica é inovada apenas pela lei, bem como o mito dogmático da impossibilidade de atuação do juiz tal como um legislador positivo e criador de direito, destinado a ser um ente inanimado e operador do simples silogismo de subsunção. Tal retórica nega a verdade que deve ser atribuída à função jurisdicional, a de que essa não aplica simplesmente uma norma geral ao caso concreto, mas de que é ato de criação do direito (TARANTO, 2010, p. 57-60).

Em que pese a ideologia predominante do *Civil Law* até a metade do século XX negar a atuação criativa da função jurisdicional, é de se perceber que esta esteve sempre presente também nessa tradição. Ocorre que “*o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma interpretação da lei*” (DAVID, 1993, p. 118).

Todavia, a jurisdição é função criativa. É inegável que a ela cabe a criação da norma jurídica aplicável ao caso concreto. DIDIER JR. (2009, p. 71), aponta que a decisão judicial é ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, diferenciando das demais normas jurídicas diante da possibilidade de se tornar indiscutível pela coisa julgada material.

Por sinal, o referido processualista apresenta a atividade criativa do judiciário como característica da própria jurisdição.

Entretanto, o poder judiciário vai além, criando, muitas das vezes, a própria regra jurídica abstrata, que pode ser devidamente aplicada em casos concretos posteriores (DIDIER JR., 2009, p. 70) em que ocorre similitude fática ou que se utiliza de fundamentos jurídicos, tal como acontece na *Common Law*.

Mesmo a interpretação do direito não pode ser vista como mera atividade de dedução, em declaração sem valoração pessoal. Pelo contrário, não é possível distinguir interpretação de atividade criativa, já que toda interpretação de um texto legal apresenta certo grau de discricionariedade, em que o intérprete apreende o sentido das palavras - que por sinal podem ser diversos diante da polissemia -, esclarece ambiguidades, avalia o grau de abstração da norma, define a extensão de termos de conteúdo indeterminado ou vago, compara com princípios fundantes do ordenamento dispostos na Constituição, verifica as nuances e o contexto de aplicação.

Dessa forma, o intérprete nunca aplicará tão somente o método dedutivo, em razão de todas as peculiaridades a serem levadas em consideração. De todo modo, antes de se utilizar uma disposição legal, é necessário que o aplicador faça uma análise sistemática e teleológica com a Carta Magna, aferindo se aquele dispositivo está em conformidade com as regras e os princípios desta. Assim, sempre será feita uma interpretação conforme à Constituição, pelo qual o juiz cria uma norma jurídica, que serve como fundamento para a solução do caso concreto (DIDIER JR., 2009, p. 71-72).

De fato, ensina DWORKIN (2007, p. 59), ao indicar a criatividade do direito no exercício de sua interpretação, que esta

(...) repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva nova reinterpretação. Assim a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.

Portanto, os aplicadores do direito introduzem acréscimos na tradição e os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito pelo seu predecessor (DWORKIN, 2007, p. 275).

Ao decidir, o judiciário escolhe um de pelo menos dois caminhos e prolata uma decisão que sempre é algo distinto desses caminhos, uma vez que efetivamente decide, e não reconhece uma decisão anterior, já pronta (DIDIER JR., 2009, p. 70). E mais, em se tratando

de *hard cases*, as previsões dos textos jurídicos não são suficientes para a resolução dos casos, de modo que o judiciário deve ir bem mais além das disposições legais.

Desse modo, há uma discricionariedade para a criação judicial do direito, o que não significa arbitrariedade, uma vez que o juiz está limitado a parâmetros, pois não é um criador completamente livre de vínculos (CAPPELLETTI, 1993, p. 21-22).

Aliás, nem mesmo o legislativo o é. Aponta CAPPELLETTI (1993, p. 26) que a questão da criação do direito pelo juiz e pelo legislador, nos seus limites substanciais, só se diferencia em grau. Para o autor, o juiz, na sua atividade criativa, estaria vinculado à lei e/ou aos precedentes, ao passo que o legislador vincularia à constituição. Complementa que a função do legislador possui menos limites, sendo assim mais ampla, pelo fato dos preceitos constitucionais serem mais vagos do que o conteúdo das leis e precedentes a que o juiz se vincula.

Entretanto, se pensarmos que, pelo crescimento da importância do judiciário observado nos países da tradição da *Civil Law*, como anteriormente visto, verificado pela ascendência do neoconstitucionalismo, da força normativa dos princípios, das jurisdições constitucionais e da possibilidade de análise de constitucionalidade de modo difuso, é possível ainda concluir que a atuação do judiciário tornou-se ainda mais ampla, nesse sentido. Aliás, não raras vezes, é ao judiciário a quem cabe o papel de, dentro de um *case*, concretizar os princípios constitucionalmente insculpidos, dando conteúdo a vagos preceitos, conceitos e valores.

Assim, competindo-lhe a análise de constitucionalidade, por exemplo, o próprio juiz pode se *desvincular* da lei, com base na violação de um princípio constitucional, e criar também com base neste, uma nova norma a ser aplicada ao caso em análise. Dessa forma, o judiciário acaba atuando de modo a negar que um preceito normativo seja utilizado e, ao mesmo tempo, cria outra norma, com a mesma amplitude do poder legislativo. Portanto, a própria questão de diferenciação da criação do direito em graus pode depender de avaliação casuística.

Sendo ambos os processos legislativo e judiciário aptos a criar o direito, permanece, ainda, a diferenciação relativa ao modo ou procedimento (CAPPELLETTI, 1993, p. 76). A criação jurisdicional caracteriza-se por ser feita num processo destinado à solução de um conflito, cuja função decisória é atribuída a um terceiro imparcial, que deve ser provocado para tanto, mediante influência das partes em contraditório e ampla defesa. Traduz-se, ainda, por meio da motivação racional de suas decisões. Já a criação legislativa se caracteriza por um processo em que os representantes eleitos discutem propostas de criação de atos normativos

primários, sendo as mesmas aceitas ou não por um critério de aprovação majoritária das propostas.

Percebe-se, assim, que o dogma de que a atuação judiciária é meramente declaratória e advinda de subsunção lógica das disposições legais é pura falsa retórica. A jurisdição é atividade de criação de normas jurídicas, pela qual podemos dizer que o fundamento e as decisões prolatadas, baseadas nas diversas peculiaridades do caso e num juízo de conformidade com as disposições e princípios constitucionais, são criação de direito.

1.4. SUPERANÇA DA TEORIA POSITIVISTA DE FONTES DO DIREITO: PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO E CRITÉRIOS PARA AFERIR SUA VINCULATIVIDADE A PARTIR DE UMA TEORIA ARGUMENTATIVA

Percebe-se que o positivismo jurídico e suas teorias são insuficientes para responder os problemas práticos de aplicação do direito, já que pretendem apenas conhecer, descrever e explicar o Direito por um ângulo externo. Entretanto, é preciso mais que isso, uma vez que para entender o fenômeno jurídico é necessário entrar na perspectiva do aplicador, já que este, mesmo no ato de interpretar, acaba influenciando na própria construção das normas jurídicas, como visto.

Assim sendo, é necessário observar o Direito não como mero sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes, como quer o positivismo, mas ir além disso, e entendê-lo como uma prática social de natureza hermenêutica, cujos comandos dependem de atividade interpretativa (processo ao mesmo tempo de conhecimento e construção de sentido), por meio dos quais o próprio Direito se expressa (BUSTAMANTE, 2012, p. 126).

Nesse ponto, faz-se mister sobrepujar a noção positivista de fontes do direito, arraigada a um ponto de vista apenas externo. Segundo a mesma, as fontes jurídicas, sob seu ponto de vista formal, apresentam uma estrutura autorreferencial, em que o próprio Direito dita o que o criará, de modo que apenas os fatos, procedimentos e normas juridicamente institucionalizados é que podem gerar normas jurídicas.

Entretanto, tal concepção deve ser superada, uma vez que não constitui uma descrição adequada dos participantes do discurso jurídico. Aponta BUSTAMANTE (2012, p. 289) que o direito deve ser visto do ponto de vista de sua prática, construtiva e interpretativa, de formação de significados por meio de argumentação. Todo o processo de comunicação, de

troca de atos de fala, é que gera sentido para os textos normativos. Nesse diapasão, a concepção positivista de fontes formais não consegue levar em conta todas as razões do discurso jurídico.

Assim para um momento pós-positivista, necessário que seja desconstruído o modelo positivista, bem como que seja adotada uma teoria argumentativa de fontes do direito. Com base nisso, é possível adotar o conceito de fonte do direito como “*toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação jurídica*” (AARNIO *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 293). De acordo com tal conceito, leva-se em conta, portanto, não as causas da atividade interpretativa, mas as razões utilizadas para justificar certa interpretação. As fontes são vistas como conjuntos de prescrições, sob uma ótica da interpretação. É possível, assim, que o sistema tenha normas jurídicas tanto gerais como individuais. Nesse diapasão, é possível considerar as decisões judiciais como normas, cujo caráter é eminentemente concreto, e o precedente, já de caráter geral, como espécie de fonte do direito dessas normas (BUSTAMANTE, 2012, p. 293).

Nesse sentido de razão utilizada como base justificatória da interpretação jurídica, as fontes do direito podem ser classificadas de acordo com sua vinculatividade, ou seja, dependendo do grau de aceitabilidade racional e da institucionalização do material utilizado na interpretação. De acordo com essa classificação, é *fortemente vinculante* aquela fonte com alto teor de normatividade, havendo a obrigação de obedecer, devendo ser aplicável em todos os casos; *fragilmente vinculante* a que dispõe uma obrigação frágil de obediência, que deve ser aplicável, mas é passível, em certos casos, de afastamento; ou, ainda, *permitidas*, que não dispõe de obrigação de seguir, embora a citação da fonte ajude argumentativamente (BUSTAMANTE, 2012, p. 301).

É possível, também, classificar as fontes no sentido de serem *fontes de justificação dotadas de autoridade* ou *fontes de justificação substancial* (BUSTAMANTE, 2012, p. 297). As fontes de justificação dotadas de autoridade são institucionalizadas, tratando-se de fontes provenientes da ação normativa estatal, tais como a Constituição, as leis, os tratados internacionais, os precedentes judiciais e a dogmática jurídica. As fontes de justificação substancial ou material, embora não sejam institucionalizadas e não sejam provenientes da ação estatal, integram o contexto de justificação em virtude de sua importância material. São fontes tais como costumes, princípios meramente morais, argumentos práticos, entre outros.

Quanto maior a vinculatividade e maior a autoridade, mais chances tem a fonte de prevalecer sobre as demais em um discurso de justificação de normas jurídicas em geral⁷.

AARNIO (*apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 300), ao analisar o sistema jurídico finlandês, que segue a tradição da *Civil Law*, sendo possível sua expansão para os demais países que o integram, entende que o precedente seria dotado de autoridade, uma vez que institucionalizado, e fragilmente vinculante. Entretanto, tal forma de classificação do precedente judicial como fonte ainda é superficial. A variedade de critérios que influenciam a aplicação dos precedentes judiciais impõe a crer que não é possível colocá-los em apenas um patamar de vinculatividade.

Nem no direito inglês, cuja forte vinculação dos precedentes das Cortes Superiores é patentemente reconhecida, é possível falar que o precedente seja, simplesmente, fonte fortemente vinculante, já que em demais Tribunais os precedentes não são obrigatórios, podendo ser tratados como fontes fragilmente vinculantes ou apenas fontes permitidas. O mesmo pode ocorrer em sistemas da *Civil Law* ao analisar a força dos precedentes, já que, para ambas as tradições, vários fatores – institucionais ou extrainstitucionais - podem influenciar a sua obrigatoriedade das fontes, em específico, do precedente judicial. BUSTAMANTE (2012, p. 307) dispõe que os fatores institucionais que determinam a vinculatividade dos precedentes judiciais são o contexto institucional, a tradição jurídica e a estrutura constitucional, ao passo que os fatores extrainstitucionais correspondem à análise de doutrinas jurídico-teóricas dominantes.

O contexto institucional diz respeito à análise de determinado modelo institucional de um sistema jurídico, como a verificação de o Estado ser unitário ou federal, se há jurisdição especializada ou não, bem como é feito o controle de constitucionalidade. Entretanto, para a análise da vinculatividade do precedente jurisdicional é fundamental a observação do desenho institucional do Poder Judiciário e sua estrutura hierárquica. Assim, o maior nível de autoridade é conferido às cortes mais elevadas, havendo uma subordinação que cresce à medida que diminui o nível hierárquico. Tendo em vista que há uma relação de subordinação das cortes inferiores e poder de reforma por parte dos tribunais superiores, os precedentes destas serão, via de regra, ao menos fontes obrigatórias em sentido frágil. Ao lado desse fator, há outros que podem alterar a vinculatividade, tal como uma tendência jurisprudencial identificável, que traria maior força argumentativa, em contraponto à existência de precedente isolado. Avalia-se, também a existência de julgamentos prolatados pelo pleno de um Tribunal,

⁷ Para maior profundidade, ver BUSTAMANTE (2012, p. 296-301).

que traria maior vinculatividade, se comparado com um julgamento de uma turma da mesma corte (BUSTAMANTE, 2012, p. 309).

O fator da tradição jurídica em que o aplicador está inserido também é importante, mas deve ser relativizado. Na tradição da *Common Law*, certamente, o precedente judicial tem maior papel de destaque, motivo pelo qual sua autoridade é facilmente reconhecida, havendo sempre espaço para o precedente que cria normas para suprir lacunas. Na *Civil Law*, pela ideologia positivista e pela existência do dogma de que o judiciário não poderia criar o direito, o precedente foi deixado de lado. Entretanto, como já restou demonstrado, há uma tendência cada vez maior de aproximação entre as tradições, de modo que as diferenças se deem apenas em grau. Dessa forma, aos sistemas jurídicos que provêm do direito europeu continental, há também de se reconhecer certo grau de vinculatividade ao precedente judicial, principalmente quanto aos precedentes interpretativos, relativos à especificação de normas já existentes, cujo campo é bem fértil nesta tradição (BUSTAMANTE, 2012, p. 311-313).

Quanto à estrutura constitucional, devem ser analisados subfatores para determinar o grau de vinculatividade dos precedentes. O primeiro desses é a análise da doutrina dominante acerca das relações entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, de modo que nos países em que é reconhecido e possibilitado o *judicial review* dos atos Legislativos em sede de controle de constitucionalidade, o precedente será mais forte do que nos sistemas em que os juízes estão completamente proibidos de interferir nos atos dotados de autoridade legislativa. Nos países em que há possibilidade do *judicial review*, o direito constitucional será visto em suma, como um corpo de normas jurídicas baseadas predominantemente em precedentes. Dentro desse sistema, se por um lado os precedentes de cortes superiores são tratados como fontes obrigatórias em sentido frágil, quando os precedentes versarem sobre questões constitucionais, eles serão, regra geral, fontes obrigatórias em sentido forte (BUSTAMANTE, 2012, p. 314-315). Outro subfator seria a autocompreensão do Poder Judiciário quanto à sua atividade, no peso em que seu pronunciamento terá para a sociedade. Se, por exemplo, tal Poder entende-se como apto à produção normativa ou se se observa como mero aplicador de normas em sentido estrito. No primeiro caso, o Judiciário se veria, principalmente, como um agente produtor de normas a serem aplicadas por demais Tribunais e juízes, um agente da integração do direito e, secundariamente, decidiria o caso. Nessa configuração, os precedentes judiciais serão admitidos como fonte obrigatória em sentido forte. Por outro lado, num sistema em que o Judiciário se vê na segunda opção, teremos o caso de precedente com força persuasiva apenas, como fontes permitidas. Essa forma como o judiciário se vê pode se dividir dentro de um mesmo sistema jurídico, de modo que um determinado órgão judicante

pode se entender de um modo e outro órgão ter uma visão de sua função oposta. O terceiro subfator, e talvez o mais importante para aferir a importância do precedente no ordenamento jurídico, diz respeito à existência de normas institucionalizadas que dispõem sobre a força jurídica dos precedentes. É nelas que se encontra o maior amparo institucional para determinar a vinculação de precedentes. Tais regras podem ser até bem genéricas, como princípios da segurança jurídica, estabilidade, isonomia, coerência, bem como regras mais específicas que dispõem especificamente sobre a obrigatoriedade de respeito aos precedentes.

Há também fatores extrainstitucionais, mais casuísticos, que, na verdade, uma vez tomados como suficientes para interferir na argumentação e nas decisões da prática jurídica, devem ter sua força *institucional* reconhecida. Dentre tais fatores, citam-se as concepções jurídico-teóricas acerca do Direito e do discurso, bem como concepções teóricas sobre a dogmática jurídica (teoria sobre o direito positivo), que acabam influenciando na prática jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 338 e 340).

Acerca da análise “extrainstitucional” de fatores normativos-estruturais, citam-se, também, alguns caracteres das normas jurisprudenciais a fim de determinar a força dos precedentes. Um dos caracteres que influencia tal força, por exemplo, é o grau de generalidade da *ratio decidendi* de um julgado. Assim, quanto maior a generalidade da norma advinda do direito jurisprudencial que se cogita, maior a possibilidade de aplicação de tal norma precedencialista. Entretanto, também será maior a possibilidade de *distinguishing*, visto que será possível uma maior gama de circunstâncias não consideradas na decisão em que a norma veio a ser justificada. Dessa forma, quanto maior o grau, maior a amplitude do precedente, mas menor será sua força vinculativa para casos posteriores, já que será mais fácil a argumentação no sentido de não aplicação. Outro ponto que importa na análise de fator normativo estrutural é a saturação das premissas normativas em uma decisão judicial. Quanto maior a saturação, ou seja, quanto mais explicitada e fundamentada com diversos argumentos, esteja uma decisão, maior força deverá ser atribuída à norma adscrita que se puder extrair do ato jurisdicional (BUSTAMANTE, 2012, p. 354).

O último fator extrainstitucional seria a correção substancial da decisão-paradigma. Nesse diapasão, um precedente, para que haja força vinculante, deve ser justo e racional para ser seguido (BUSTAMANTE, 2012, p. 368). Não o sendo, mister que se aplique o *overruling*.

Como visto, a criação judicial do direito é algo que não está adstrito à tradição da *Common Law*, mas também é característica dos sistemas jurídicos da *Civil Law*. Superando a teoria de fontes do direito positivista e procurando uma fundamentação ligada à teoria da

argumentação jurídica, percebemos que o precedente judicial certamente será uma fonte de direito institucionalizada com variados graus de vinculatividade. Mesmo com o *stare decisis*, não se pode falar em força jurídica e grau de vinculatividade a *prima facie* na *Common Law*, devendo ser analisados os fatores institucionais e extrainstitucionais para que a força seja aferida. De todo o modo, em qualquer sistema jurídico dessas tradições, é possível ponderar a vinculatividade dos precedentes judiciais. Analisemos, assim, o precedente judicial e sua força no sistema jurídico brasileiro a partir de fatores institucionais.

1.5. A VINCULATIVIDADE DAS FORMAS PRECEDENCIALISTAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro, pela herança da colonização portuguesa, seguiu a tradição do continente europeu, sendo um país com linhas traçadas pela dinâmica da *Civil Law*. Apresenta, assim, todo um aparato voltado à valorização dos preceitos formulados pelo Poder Legislativo e de criação de códigos. Como em qualquer país de tradição da *Civil Law*, independentemente do dogma superado de inovação do direito apenas pela lei, o judiciário sempre teve um papel criativo, ainda que a criação se dê pela interpretação – mesmo que gramatical fosse - dos dispositivos legais. No mais, o Brasil não esteve nem está à parte do fenômeno mundial de experimentação de um aumento na criatividade judicial.

Assim sendo, vem-se observando, diante da tensão entre facticidade e validade, a necessidade de adequação dos institutos brasileiros para abarcar o relatado fenômeno e melhorar a estrutura sistêmica, unitária e coerente do Direito brasileiro. Dessa forma, muitas mudanças vêm sendo implementadas, com instrumentos que se diferenciam do *stare decisis* da *Common Law* (ABBOUD, 2012, p. 387), mas que, de igual modo, trazem reconhecida vinculação de certas fontes precedencialistas. Analisaremos, assim, algumas dessas modificações, bem como o grau de vinculatividade dos precedentes judiciais e formas precedencialistas, sob o ponto de vista de fatores institucionais. Far-se-á, assim, uma análise genérica *prima facie* sobre alguns tipos de precedentes judiciais e seu grau de vinculação no direito brasileiro, de forma exemplificativa, sem levar em conta fatores extrainstitucionais, já que estes são mais casuísticos.

Destaca-se, inicialmente, a vinculatividade dos precedentes judiciais oriundos de análise de controle concentrado de constitucionalidade e a criação de súmulas vinculantes,

ambos feitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo de jurisdição no sistema brasileiro, a quem incumbe a função institucional de guarda da Constituição, nos termos do art. 102, *caput*, da Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade de leis pelo órgão superior do judiciário brasileiro já é instituto tradicional, sendo possível o *judicial review* já na Constituição Provisória de 1890 (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 1034). Entretanto, o controle concentrado, verdadeiramente, só posteriormente veio a ser instituído pela emenda nº16 de 1954, que alterou a Constituição de 1946.

Atualmente, segundo os parâmetros inicialmente delimitados pela Constituição de 1988, o controle concentrado é feito pelo Supremo Tribunal Federal, inaugurado por um rol de legitimados a partir dos procedimentos específicos da Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesses procedimentos, pretende-se discutir a lei ou ato administrativo em tese⁸.

Os precedentes judiciais em sede de controle abstrato de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, atingindo a todos os potenciais destinatários, e efeito vinculante, de modo que tal decisão deve ser aplicada obrigatoriamente pelos demais órgãos judicantes, conforme interpretação do próprio §2º do art. 102 da Constituição Federal. Caso não seja respeitado o efeito vinculante, torna-se possível não apenas o cabimento de recursos às instâncias superiores, mas o prejudicado também poderá valer-se de um *writ*, qual seja a Reclamação, que visa à preservação da competência do Supremo Tribunal e garantia da autoridade de suas decisões conforme, art. 102, I, I da Constituição.

As decisões em controle de constitucionalidade devem ser aferidas como sendo fontes vinculantes em sentido forte, como escreve BUSTAMANTE (2012, p. 325). Aliás, percebe-se que o controle em abstrato de constitucionalidade trata-se de certa tradição jurídica, despontando, também, hierarquia do órgão judicante e julgamento questões constitucionais e basilares do ordenamento. Assim, há verdadeira criação de normas constitucionais pela interpretação da mesma diante de *judicial review*. Além do mais, pela garantia de efeito

⁸ Tendo em vista a presença da criatividade judiciária no *Civil Law*, para fins de uma construção de uma teoria geral do precedente judicial que abarque as duas maiores tradições jurídicas ocidentais, é necessário que vejamos nos precedente pontos em comum. Pela teoria normativa, que visa à ótica do participante, a pergunta fundamental seria “o que deve contar como precedente judicial, para fins de aplicação do raciocínio jurídico?” Assim, perceberemos que o precedente será um texto dotado de autoridade, advindo do judiciário, que carece de interpretação, identificando e interpretando os fundamentos generalizantes (*ratio decidendi* e mesmo o *obiter dictum*) para que seja aplicado (BUSTAMANTE, 2012, p. 259). O que se deve ter em conta é a disposição criativa do judiciário. Pela perspectiva do participante, é possível a adoção de precedentes judiciais como decisões judiciárias de conteúdo abstrato.

vinculante emprestado por própria disposição constitucional, é possível aferir a intensa obrigatoriedade que o aplicador do direito está adstrito a tais formas precedencialistas.

As súmulas vinculantes igualmente devem ser tratadas como fontes precedencialistas vinculantes em sentido forte (BUSTAMANTE, 2012, p. 325). Tais súmulas foram adotadas a partir da Emenda Constitucional nº45/2004, que incluiu o art. 103-A ao texto constitucional. Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal editar as referidas súmulas vinculantes. As mesmas, tal como ocorre nos casos do controle de constitucionalidade em abstrato, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos judicantes, como também à administração pública. A não observância da súmula vinculante por demais órgãos judiciários dá ensejo à utilização do instituto da Reclamação.

As demais súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são verbetes individuais que expressam o entendimento de tais tribunais acerca de determinadas questões de direito, resultado de um compêndio de julgados no mesmo sentido (SOUZA, 2006, p. 253-254). Inicialmente, diz-se que tais formas precedencialistas serviriam de modo apenas persuasivo o que, na classificação de fontes propostas, seriam apenas fontes permitidas. Entretanto, atualmente não deve ser este o posicionamento, uma vez que possuem relevante peso na argumentação jurídica, tendo, inclusive, o ordenamento jurídico pátrio reconhecido certa vinculatividade a tal forma. Por interpretação do Código de Processo Civil, entende-se que a súmula de tais tribunais superiores terá força obstativa de recursos em caso da sentença ou acórdão estiver em consonância com seu entendimento, de acordo com os artigos 518, §1º, 544, §3º e 557 do referido diploma. A força de precedente vinculante encontra-se, ainda, reconhecida no procedimento de uniformização de jurisprudência, conforme art. 479 do Código Processualista. O próprio papel dos referidos Tribunais Superiores na uniformização da jurisprudência nacional, a identificação de fatores acima apresentados como o contexto institucional relativo ao grau de hierarquia dos tribunais superiores em questão, bem como o fato de a súmula tratar-se de tendência jurisprudencial identificável devem ser levados em conta para se aferir a vinculatividade. Desse modo, em que pese sua não obrigatoriedade, é consentâneo ao sistema jurídico brasileiro o reconhecimento das demais súmulas como sendo fontes vinculantes em sentido frágil (BUSTAMANTE, 2012, p. 328).

Também nesse patamar de fontes vinculantes em sentido frágil devem ser reconhecidos os precedentes e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – quando não provenientes do controle abstrato de constitucionalidade, já vistos – e do Superior Tribunal de Justiça. A hierarquia do sistema judiciário e o fato de tais tribunais decidirem não o caso

concreto, as questões de direito e teses jurídicas que lhes são trazidas demonstram certa importância de tais pronunciamentos, a implicar reconhecimento institucional de sua grande carga argumentativa a ser aplicada em demais casos semelhantes. No mais, o §3º do art. 543 do Código de Processo Civil traz que a contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é vista como hipótese de repercussão geral. A jurisprudência também é obstativa de recurso na já citada hipótese do §3º do art. 544 e do art. 557 do mesmo diploma. Igualmente como ocorre com a súmula, os precedentes e jurisprudências de tais órgãos são decisões de tribunal superior, havendo, assim, grau hierárquico e possibilidade de reforma de decisão, e a já comentada função de uniformização de jurisprudência dessas cortes. Devem ser vistos, assim, como fontes vinculantes em sentido fraco.

Por oportuno, especificamente sobre o precedente do Supremo Tribunal Federal pela via de controle incidental, dispõe MENDES⁹ que vem sendo observada uma tendência de objetivação de tais decisões, no sentido de que venham esses pronunciamentos a terem efeito vinculante. Nesse sentido, a possibilidade de dispensa de reserva de plenário quando da declaração de inconstitucionalidade caso já haja pronunciamento da Suprema Corte, conforme entendimento adotado pela própria jurisprudência do STF¹⁰, e, posteriormente, inclusão do §1º do art. 481 do Código de Processo Civil (MONNERAT, 2012, p. 387). Outros exemplos dessa objetivação são a aplicação no julgamento do HC nº 82.959 do instrumento do controle concentrado de atribuição de eficácia não retroativa (*ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso no Supremo Tribunal Federal e a admissão de *amici curiae* nos julgamentos dos recursos extraordinários nº 416827/SC e nº 415454/SC, Rel. Gilmar Mendes (DIDIER, CUNHA, 2011, p. 349). Tudo isso demonstra que as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede recurso extraordinário, vêm tendo cada vez mais objetivação e vinculação¹¹.

Caso interessante sobre a força dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ocorre no julgamento dos recursos repetitivos. Alterações no Código de Processo Civil vieram a acrescentar os artigos 543-B e 543-C, de modo a regular um procedimento novo, com o fim de se dar um julgamento por amostragens de recursos

⁹ Dessa forma aponta MENDES, COELHO, BRANCO (2008, p. 1084). No mesmo sentido, DIDIER JR., CUNHA (2011, p. 344-345).

¹⁰ RE 190.728, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997; AgRgAI 168.149, Rel. Marco Aurélio, DJ de 4-8-1995; AgRgAI 167.44, Rel. Carlos Velloso, DJ de 15-9-1995, RE 191.898; Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 22-8-1997.

¹¹ Vale reiterar que tal classificação da vinculatividade da súmula e jurisprudência poderá variar. Assim, uma súmula ou jurisprudência dos tribunais superiores que veio a ser superada não será vinculativa, podendo apenas vir a ser considerada fonte permitida. Por outro lado, jurisprudências em controle difuso e súmulas do STF, em virtude de ser este o órgão julgante máximo, pelo peso da decisão sobre constitucionalidade e por passarem por uma análise de repercussão geral, além da identificada tendência de objetivação e vinculação, podem vir a ser tão paradigmáticos que sejam tratados, na argumentação dos demais órgãos judicantes de forma geral, como sendo fontes vinculantes em sentido forte (critério de estrutura constitucional).

especiais ou recursos extraordinários cujas questões se fundamentam em idêntica controvérsia. Em linhas gerais, em ambos os casos, os Tribunais de origem selecionarão alguns recursos que representem a controvérsia, que serão julgados pelo STJ ou STF. Os demais recursos que repetem a questão ficam sobrestados até que os recursos representativos sejam julgados. Caso haja coincidência do acórdão recorrido com o julgamento do recurso representativo, o recurso sobrestado será tido como não admitido. Por outro lado, se divergirem, o caso será novamente examinado pelo Tribunal de origem, que pode se retratar. Caso não se retrate, os recursos serão analisados nos requisitos de admissibilidade, podendo, no recurso extraordinário, os acórdãos divergentes serem reformados ou cassados liminarmente.

Verifica-se, portanto, que há a criação de precedente judicial já com vistas a sua aplicação de pronto em demais casos semelhantes. Pela análise do procedimento, que, por sinal, permite a participação de *amici curiae*, percebe-se um grande grau de objetividade no julgamento. Diante de todo o aparato procedimental, considerando o reexame pelo Tribunal de origem dos casos e a possibilidade de reforma e cassação liminar pelo STF da decisão divergente, o precedente judicial que julga o recurso representativo da controvérsia deve ser visto como uma fonte vinculante em sentido forte para os demais casos que estão com seus recursos sobrestados. Para os demais casos, servirá como fonte vinculante em sentido fraco, tal como os demais julgamentos incidentais do STJ e STF.

Cumprê estabelecer também que, no âmbito da Justiça do Trabalho, os precedentes, tais como súmulas, jurisprudências e decisões, do Tribunal Superior do Trabalho possuem grande relevância. O Tribunal Superior do Trabalho tem a função de uniformização da jurisprudência trabalhista. Possui, também, poder para editar sentenças normativas que dão a liberdade ao Tribunal de estender as condições decididas a todos os empregados da profissão, mesmo que não estejam como parte no dissídio (SOUZA, 2006, p. 327). Mesmo que tal extensão dos efeitos a toda a categoria não se confunda com a vinculatividade do precedente, é possível vislumbrar a importância dos pronunciamentos do referido tribunal. De todo o modo o TST historicamente teve o papel de criar de normas gerais e abstratas para reger hipóteses normativas envolvendo relação de trabalho, ainda hoje conservando grande poder para introduzir novas regulamentações. Assim sendo, devem ser reconhecidos aos precedentes desse Tribunal a natureza de fontes vinculantes em sentido fraco.

Há, no sistema processual brasileiro, outros exemplos de utilização de precedentes judiciais. Tribunais inferiores, na sua atividade criativa, criam jurisprudências e editam súmulas que podem ser utilizadas na argumentação dos próprios julgados, de juízes de

primeira instância, ou mesmo de outros Tribunais, com força persuasiva. De todo o modo, são fontes institucionais, mas que, pelas regras do sistema e pela análise dos demais critérios apresentados neste trabalho, não lhes são garantidas qualquer força vinculante. Devem ser vistas como fontes permitidas, aplicadas no discurso jurídico de modo persuasivo. Nos casos de controle em abstrato de normas estaduais ou municipais em confronto com a Constituição do Estado, todavia, os precedentes dos Tribunais de Justiça haverão de ser fontes vinculantes em sentido fraco, ao menos.

Entretanto, a produção de precedentes e a utilização dos mesmos na fundamentação de casos semelhantes não é restrita aos Tribunais. Um juízo de primeira instância pode utilizar-se do entendimento do próprio juízo ou de outros para justificar sua decisão. No mais, o ordenamento expressamente reconhece a utilidade de precedentes do mesmo juízo para embasamento de decisões, como ocorre com o disposto no art. 285-A do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de improcedência liminar da ação, se baseado em precedente do mesmo juízo, sobre mesma questão jurídica. Em tal caso, o precedente não será vinculante, motivo pelo qual deverá ser reconhecido como fonte permitida.

Percebe-se, portanto, que já há no sistema processual brasileiro a presença de diversas formas de precedentes judiciais que estão aptos a fazerem parte da argumentação de demais julgados, sendo, na concepção argumentativa, fontes de direito institucionalizadas e possuindo vinculatidade variada, alcançando, inclusive, situações de fontes vinculantes em sentido forte. Diante da tendência a se aumentar cada vez mais a força dos precedentes judiciais em nosso sistema, muitos institutos necessitam serem adequados para melhor corresponder ao novo sistema jurídico brasileiro, em que a atividade criativa jurisdicional goza de maior prestígio. Dentre esses institutos, inclui-se a ação rescisória.

2. A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

2.1. COISA JULGADA E AS HIPÓTESES LEGAIS DE DESCONSTITUIÇÃO MEDIANTE AÇÃO RESCISÓRIA

Elementos do Estado de Direito, a segurança jurídica e a proteção da confiança do indivíduo devem ser perseguidos pelo ordenamento, garantindo a estabilidade das relações e dos efeitos jurídicos dos atos produzidos. Dentre os fatores necessários para que se gere segurança em um Estado de direito, está a asseguaração de inalterabilidade dos atos jurisdicionais pela coisa julgada (CANOTILHO, 1993, p. 380-381).

A coisa julgada é protegida constitucionalmente pelo ordenamento brasileiro (art. 5º, XXXVI) e se entende por ser uma situação jurídica que se impõe à decisão judicial que finda a atividade jurisdicional da qual não mais caiba recurso e se caracteriza pela proibição de repetição de exercícios da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto e pelas mesmas partes no mesmo processo e em processos futuros (MOURÃO, 2008, p. 29). Trata-se de atribuição do efeito de imutabilidade à decisão, que tem consequências dentro e fora do processo.

Ocorre que a coisa julgada não possui caráter absoluto, existindo mecanismos hábeis a desconstituí-la caso se observem problemas com a decisão que teria recebido o pano da imutabilidade. Isso porque não é interessante ao sistema jurídico que haja uma sentença em que se verificam vícios e que seja contrária ao próprio sistema. Se o processo contém mácula que compromete a prestação jurisdicional, ainda que transitada em julgada, deverá ter lugar um instrumento que possa rescindi-la (MARTINS, 2005, p. 16).

A ação rescisória é o mecanismo apresentado pelo sistema processual, pelo art. 485 do Código de Processo Civil, como aquele apto para desfazer a coisa julgada e rescindir a decisão maculada¹². Trata-se de uma ação autônoma de impugnação, com instauração de outro processo, de que dispõem partes, terceiros interessados e o Ministério Público, tendo como primeiro objetivo o *iudicium rescindens*, juízo em que se pretende a desconstituição da decisão final de mérito atingida pela coisa julgada e, se for o caso, em momento seguinte, o

¹² Observa-se, entretanto, que no caso da hipótese do inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil, por exemplo, não há qualquer mácula na decisão a ser rescindida, tratando-se apenas de mecanismo visando ao devido acesso à justiça.

iudicium rescissorium, juízo que em que se pretende um novo julgamento da matéria nela julgada (MOREIRA, 2006, p. 109). A natureza jurídica do *iudicium rescidens* é constitutiva negativa, sendo, assim, uma sentença desconstitutiva quando procedente. Já o segundo provimento dependerá do que esteja por rescindir (WAMBIER, MEDINA, 2008, p. 310).

A expressão sentença disposta no art. 485 não é a mais adequada, uma vez que é possível a rescisão de decisões monocráticas ou acórdãos provenientes de tribunais, desde que se tenha resolvido uma decisão de mérito. Para MIRANDA (1998, p. 568), pode ser qualquer decisão que possa influir no julgamento final do feito e não apenas a decisão final. Desse modo, mesmo uma decisão interlocutória poderia ser alvo da rescisão, mas o *error* de tal decisão só será acobertada pela coisa julgada com o trânsito em julgado da decisão final. De todo o modo, deve haver a resolução do mérito.

Para que seja possível a rescisão por tal instrumento, além do fato de estar a decisão final acobertada pela coisa julgada material, deve a ação ser proposta num prazo decadencial de dois anos. A decisão deve conter *error in iudicando*, defeito no julgamento ou vício no conteúdo da decisão prolatada, ou *error in procedendo*, nulidades de cunho processual, que estejam previstos nas hipóteses de cabimento dispostas nos incisos do art. 485 do diploma processual civil¹³.

Assim será cabível ação rescisória quando ocorrerem os seguintes problemas no processo: (I) prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (II) impedimento do juiz prolator da sentença e incompetência absoluta do juízo; (III) dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou colusão entre as mesmas; (IV) ofensa à coisa julgada anterior; (V) violação à *literal disposição de lei*; (VI) fundamento da decisão em prova falsa; (VII) possibilidade de utilização de documento novo, que não tinha acesso ou não pôde utilizar; (VIII) invalidade de confissão, desistência ou de transação; (IX) erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

A indicação da hipótese é fundamental na ação rescisória, pois constitui a causa de pedir para o julgamento de rescisão (DIDIER JR., CUNHA, 2011, p. 387). Por se tratarem de desconstituição da coisa julgada e terem reflexos no princípio da segurança jurídica, as referidas hipóteses de cabimento são tratadas como excepcionais e, por isso, tratar-se-ia de um rol taxativo, não sendo possível interpretação extensiva (SOUZA, 2011, p. 829).

Entretanto, em que pese tal proibição de interpretação extensiva, deve-se observar que os enunciados das hipóteses de cabimento são enunciados linguísticos e que, como já visto, seu conteúdo apenas pode ser retirado mediante atividade interpretativa, que deve analisar

¹³ Além dos casos dos artigos 352, II e 1.030 do Código de Processo Civil.

todos possíveis significados das palavras e sentidos que elas, conjuntamente venham a ter. O procedimento interpretativo, por ser complexo, além de ter que fazer uma análise sistemática e teleológica, deve levar em conta os possíveis conteúdos das palavras, de forma que é possível acarretar diferentes atribuições de significado aos textos. Ao interpretar, o aplicador do direito necessariamente há de situar o sentido do enunciado no contexto que vive, pautando no respeito ao sistema como um todo e as finalidades desse. Assim, cria a norma jurídica. Desse modo, nada obsta em proceder à interpretação dos enunciados normativos, de modo a retirar-lhes o real conteúdo.

Assim sendo, deve-se observar que a ação rescisória é medida excepcional, mas é necessária a análise interpretativa dos enunciados dispostos no art. 485 do Código de Processo Civil para que se possa retirar o real significado das hipóteses de cabimento.

2.2. OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI: DIREITO EM TESE E A VINCULATIVIDADE DA FONTE DO DIREITO PARA ANÁLISE DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

Para fins de análise da influência dos precedentes judiciais na hipótese de cabimento de ação rescisória, convém analisarmos a hipótese que geraria problemas mais complexos e intrigantes (SOUZA, 2011, p. 318), que é a disposição contida no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil. Para que possamos atingir a norma aplicável na situação em que a sentença de mérito poderia ser rescindida segundo o referido dispositivo, é necessário interpretar adequadamente o enunciado normativo violação a *literal disposição de lei*.

Aos primeiros olhares sobre a expressão, pode-se entender que só merecerá *iudicium rescidens* quando for possível fazer uma interpretação clara e *literal* do texto legal. Entretanto, desde já se rechaça tal abordagem, uma vez que a atividade interpretativa é complexa, que deve levar em conta muitas variáveis para que seja considerada uma boa interpretação. De todo o modo, texto legal e norma jurídica não se confundem. As normas são os sentidos construídos a partir de uma interpretação sistemática dos textos normativos (ÁVILA, 2006, p. 30). Assim, a hipótese em exame não deve ser entendida como violação ao texto legal, mas, sim, direito objetivo, direito em tese.

Em suma, o entendimento doutrinário majoritário¹⁴ ao disposto em violação à literal disposição de lei atribui que o sentido da palavra *literal* demonstra de que o direito deve partir de postulados positivados e escritos, devendo ser restrito o ponto de partido adotado à ofensa à norma jurídica que se encontra na disposição legal. Assim, restaria garantida a segurança jurídica no tocante à rescindibilidade da sentença revestida de coisa julgada (PEREIRA, 1997, p. 127). A partir dessa opinião, entendem que apenas a fonte de direito *lei* deve ser entendida como apta a ensejar juízo de rescindibilidade. Muitos doutrinadores apontam que *lei* deve ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo constituição, lei complementar, delegada ou ordinária, medida provisória, decreto legislativo, resolução, decreto emanado do Executivo e ato normativo (tal como regimentos internos) baixado pelo Poder Judiciário (MOREIRA, 2006, p. 131)¹⁵.

Todavia, tal corrente nega a possibilidade de violação a precedente judicial vir a ser hipótese de desconstituição de coisa julgada. Entretanto, é possível observar que, em última análise, a norma advinda do precedente judicial também advém de texto escrito, seja por enunciado escrito de súmula de jurisprudência ou mesmo pela fundamentação escrita de um julgado.

Defendendo outro posicionamento, leciona, com argúcia, MIRANDA (1998, p. 272) ao dispor que as leis escritas são meros traços em que o direito exterioriza, devendo ser tratadas como roteiro, itinerário e guia. Não se pode confundir, assim, a lei, conhecimento indireto, imperfeito e parcial do direito com o conteúdo efetivo do sistema jurídico. Acrescenta o emérito doutrinador que considerar a lei como única possibilidade de rescindibilidade não vai a favor do direito objetivo, já que a lei sempre apresenta lacunas. “Toda regra jurídica – de qualquer procedência que seja, tida como convicção jurídica e na prática (trata-se de doutrina, ou de decisão judicial), realizável, de preferência a outras que a excluiriam, ou modificariam, - é Direito” (MIRANDA, 1998, p. 275).

Com razão, o direito pode não ser aquilo que está escrito, ou, até mesmo, contra o que está escrito. É a ofensa ao direito, e não à lei como texto, que se teme. MIRANDA aponta que costume, analogia e princípios gerais do direito, que também devem ser reconhecidos como direito, podem servir de fundamento da ação rescisória. Sobre a jurisprudência, entende que também a ação rescisória seria cabível, mas adota a teoria da revelação sobre a explanação judicial: o juiz sabe e diz o direito, de modo que o revela, mas não cria. Entende que uma nova jurisprudência que venha a revelar o direito certo poderia fazer suscetível de rescisão a

¹⁴ Nesse sentido, DIDIER (2011, p. 401, 402), PEREIRA (1997, p. 127), MOREIRA (2006, p. 131).

¹⁵ Também nesse sentido DIDIER, CUNHA (2011, p. 402).

todas as jurisprudências contrárias anteriores, pelo fato de todas as outras se basearem em direito “errado”¹⁶.

Já se demonstrou neste trabalho que a construção de normas jurídicas não é exclusividade da lei, pois normas jurídicas são emanadas de diversas outras fontes que servem como parâmetros para interpretação do aplicador. Para a aferição de fontes do direito, devem ser consideradas, na perspectiva do aplicador, as razões possíveis de serem consideradas na interpretação jurídica. Assim sendo, está correto o pensamento de MIRANDA ao defender que o direito em tese é algo muito além da lei.

Desse modo, a atividade judiciária, vista não pelo mero ângulo da revelação do direito, mas também pelo ângulo da criatividade interpretativa, que repercute na prática e altera a própria forma do sistema legal, tal como demonstrado, também deve ser encarada como procedimento de criação de normas. Se a decisão judicial é direito em concreto, o mesmo não se dá com os precedentes judiciais, já que seu discurso é voltado para a sociedade, e é identificável como as razões generalizantes de uma determinada decisão judicial, servindo como exemplo para demais. Assim, também pode ser visto como direito em tese. De igual modo, a norma advinda do precedente judicial também vem de texto escrito, seja por súmula ou pela fundamentação escrita de um julgado.

Em que pese toda a explanação de Pontes de Miranda, por outro lado, como o objeto da discussão é a questão de hipótese de cabimento de ação rescisória e, portanto, um limitador à coisa julgada e toda a segurança jurídica que esta preconiza, de fato considerar como toda e qualquer hipótese de rescisão a violação de qualquer norma advinda das mais variadas fontes de direito pode ser prejudicial ao sistema jurídico.

Todavia, também não se está aceitando a tese defendida pela primeira corrente, que atribui apenas à violação a direito escrito a possibilidade de ser *causa petendi* de uma ação rescisória, deve ser considerado insuficiente, já que tal critério é meramente segregatório e sem uma razão de ser. O fato de ser o direito escrito, ou não, não qualifica de forma satisfatória a sua fonte.

Propõe-se, assim, a partir do ponto de vista da teoria argumentativa das fontes do direito, a análise de quais fontes serão tidas como aptas a, se violado o direito nelas contido, poderem ser utilizadas como causa de pedir da ação rescisória e sob quais critérios racionais isso será possível. O enunciado do inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil encontra-se com suas raízes fincadas na concepção positivista de fontes do direito. Essa hipótese de

¹⁶ MOREIRA (2006, p. 131) também segue parcialmente tal linha, ao dispor que “Nem é menos grave o erro do julgado na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar *literalmente* de texto algum”.

cabimento deve, assim, ser mais bem interpretada e adequada segundo uma teoria argumentativa das fontes do direito.

Assim sendo, entendemos que a melhor interpretação de “*ofensa a literal disposição de lei*” deve traduzir violação ao direito, como quer Pontes de Miranda, mas direito esse proveniente de fontes de direito com determinadas características que possam demonstrar o motivo de se fazer necessário o uso do excepcional instrumento rescisório. Para tanto, propõe-se que sejam utilizados os critérios classificatórios das fontes de direito, pelo seu conceito argumentativo, já apresentados nesse trabalho. Dessa forma, para saber qual a violação ao direito que enseja ação rescisória, é preciso analisar antes se a fonte em questão trata-se de uma fonte dotada de autoridade (institucional), ou se é uma fonte material. Ainda, por força da segurança jurídica que a situação enseja, será necessário verificar a vinculatividade de determinada fonte. Portanto, ofensa a literal disposição de lei deve ser entendida como violação a direito advindo de fontes institucionais que possuem caráter obrigatório, ao menos em sentido fraco.

Tendo em vista a existência de uma sentença transitada em julgado que viola o direito, deve-se atentar que os malefícios da desconstituição – referentes à afetação da segurança jurídica - sejam menores do que as vantagens – a sentença justa. Dessa forma, sobre as fontes dotadas de autoridade e as fontes materiais, o sistema jurídico deve rechaçar com mais vigor uma sentença baseada no direito advindo de fontes institucionais do que baseado em fontes materiais. Não significa que a fonte institucionalizada é mais importante que a fonte material, mas ela tende a prevalecer em um discurso de justificação de normas jurídicas em geral (BUSTAMANTE, 2012, p. 298). Para fins de desconstituição de coisa julgada, é necessário que a fonte da qual o direito adveio seja dotada de autoridade suficiente para rescindir uma sentença transitada em julgado. Busca-se uma proteção do sistema institucionalizado, proteção esta que induza à própria afirmação das instituições e força do sistema jurídico estatal. No mais, as fontes materiais possuem muitas variáveis, e mesmo podem não estar vinculadas a parâmetros racionais (alguns costumes, por exemplo), ou que não levem em consideração fatores axiológicos importantes (argumentos puramente pragmáticos). As próprias fontes materiais podem variar muito em pouco tempo ou no espaço. A desconstituição da sentença deve levar não apenas à justiça da decisão, mas afirmação do direito e busca da uniformidade.

Apenas as violações às normas provenientes de fontes institucionalizadas devem ser tratadas como hipótese para *iudicium rescidens* de sentença contrária ao direito em tese, por questões de afirmação do direito estatal, uniformidade do direito quando da desconstituição da

coisa julgada e tendência a prevalecer num discurso de justificação de normas jurídicas gerais. Não serão consideradas para rescisão, assim, as normas meramente justificadas em fontes materiais, como costumes, princípios meramente morais¹⁷ ou argumentos práticos.

É de se avaliar, também, para que a tormentosa desconstituição da coisa julgada tenha vantagens que suplantem as desvantagens, é necessário que as fontes das quais advenham o direito ofendido na decisão judicial a ser rescindida devem possuir certo grau de vinculatividade. Desse modo, fontes que não possuem vinculatividade, como as permitidas, de caráter apenas persuasivo, podem ser um tanto quanto voláteis e não corresponder à defesa eficiente e uniforme do sistema jurídico basilar. Decerto que a ofensa a uma norma advinda da justificação de uma fonte vinculante no sistema jurídico provoca muito mais problemas à unidade e coerência do sistema que uma ofensa ao direito advindo de fontes meramente permitidas. Desse modo, será possível como justificação para cabimento de ação rescisória as fontes institucionais, desde que essas fontes sejam ao menos vinculantes em sentido fraco, já que a partir desse grau há uma vinculatividade assumida pelo sistema.

Portanto, as fontes institucionalizadas, como texto constitucional, tratados internacionais, texto legal, precedentes judiciais, atos normativos gerais e abstratos advindos do poder regulamentar da administração pública, dogmática jurídica e direito estrangeiro, ainda deverão ser classificadas pelo grau de vinculatividade a fim de se avaliar se são aptas a provocar juízo de rescisão.

Em linhas bem gerais, percebe-se que as disposições constitucionais, por apresentarem os princípios basilares do ordenamento, deverão ser tratadas como fontes obrigatórias em sentido forte. Por consequência, mesmo tratamento deverá ser dado às emendas constitucionais. O mesmo acontecerá com todas as espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição. A lei, num sistema baseado no *Civil Law*, que atribui grande relevância a esta fonte, encontra-se com seu grau de vinculatividade geralmente caracterizada como vinculante em sentido forte, por força do princípio da legalidade e da tradição jurídica¹⁸. Desse modo, todas essas espécies, como a lei ordinária, lei complementar, lei delegada, poderão ser, a princípio, aplicadas como hipóteses de cabimento de ação rescisória. Também serão assim tratadas as medidas provisórias, já que possuem força de lei. O mesmo se dará com as resoluções do Senado ou da Câmara dos Deputados e decretos legislativos.

¹⁷ Por exemplo, o princípio moral de que o devedor de dívida de jogo tem de pagar ao credor nunca deverá ser *causa petendi* de ação rescisória apta a desconstituir a coisa julgada.

¹⁸ Entretanto, lei inconstitucional, revogada ou na *vacatio legis*, por exemplo, não possuem vinculatividade. Existindo súmulas e jurisprudências de Tribunais Superiores em sentido contrário, sua vinculatividade também será afetada.

Os tratados internacionais, ao ingressarem no ordenamento, poderão possuir três níveis normativos, de modo que podem ser tratado com a mesma força de lei ordinária, ter caráter supralegal (se forem tratados internacionais de direitos humanos), ou ainda força de emendas à Constituição (se forem tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o trâmite de emenda). De todo o modo, serão tomados como fontes vinculantes em sentido forte.

O direito estrangeiro, quando necessitar ser aplicado no Brasil por força das regras de direito interacional privado (artigo 7º e seguintes do decreto-lei 4.657/42), pode ser visto como fonte vinculante em sentido fraco, já que necessitará passar por uma análise de ponderação perante não apenas o sistema constitucional alienígena, mas em relação à Constituição brasileira, à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (art. 17 do decreto-lei 4.657/42). Se o direito estrangeiro foi utilizado nesse sentido, sua violação poderá ensejar ação rescisória. Se, por outro lado, o direito estrangeiro for utilizado na argumentação como uma análise de direito comparado, fora das causas que lhe atribui o direito internacional privado, seria o caso de um provável *obter dictum*. De todo o modo, o direito estrangeiro utilizado nesse caso não possuiria grau de vinculatividade, devendo ser visto como mera fonte permitida, o que não importaria no seu reconhecimento como hipótese de cabimento de ação rescisória.

Os atos normativos gerais e abstratos da Administração Pública, quando feitos sob o poder regulamentar, também são fontes de direito que tendem a ser vinculantes em sentido fraco. A prerrogativa de edição de tais atos limita-se a produzir decretos, regulamentos, portarias, entre outras espécies, que sejam complementares a lei. Assim, não pode buscar a alteração desta, devendo apenas seguir seus parâmetros e procurar concretização de suas disposições. Como toda norma, deve também obediências à Constituição. Destarte, o aplicador do direito deve fazer uma análise daqueles atos normativos da Administração Pública quanto à adequação à lei (CARVALHO FILHO, 2009, p.52), como também à Constituição. Entretanto, por ser ato administrativo, possui imperatividade, presunção de legitimidade e auto-executoriedade. Assim, sua violação, a princípio, poderá ensejar ação rescisória.

Quanto à dogmática jurídica, entende-se por ser:

“uma série de enunciados que se referem às normas estabelecidas e à aplicação do Direito, mas que não podem se identificar com a sua descrição, estão entre si numa relação de coerência mútua, formam-se e se discutem no marco da Ciência Jurídica que funciona institucionalmente e tem conteúdo normativo” (ALEXY *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 334).

Os enunciados da dogmática são um ponto de partido para a aplicação e interpretação do direito. Em que pese possuírem normatividade institucional, segundo AARNIO (*apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 298) seria fonte permitida, pela qual não seria possível utilizá-la para o juízo rescindendo.

Como visto neste trabalho, os precedentes judiciais em sentido amplo podem ser considerados fontes obrigatórias em sentido forte, obrigatórias em sentido fraco ou apenas permitidas. Para não ofender a segurança jurídica, apenas os precedentes mais importantes poderão ser utilizados como causa de rescisão de um julgado, entendidos aqui, como os precedentes que possuam ao menos uma força vinculante em sentido fraco.

2.3. PRECEDENTES JUDICIAIS E AÇÃO RESCISÓRIA: QUAIS PRECEDENTES PODEM SERVIR DE CABIMENTO E EM QUAIS SITUAÇÕES PODERÃO SER APLICADOS

Os precedentes judiciais, portanto, podem servir de hipótese de cabimento para a desconstituição de coisa julgada mediante ação rescisória. Contudo, para assegurar que não exista no sistema uma sentença que o viola gravemente o direito e por força da segurança jurídica, não serão todos os precedentes que poderão ser utilizados para o cabimento de ação rescisória. Apenas servirão aqueles que possuírem força vinculante, podendo ser os que são fontes obrigatórias em sentido forte ou fontes obrigatórias em sentido fraco.

Não caberão, assim, para o juízo rescisório as normas dispostas em precedentes meramente persuasivos, tidos como fontes meramente permitidas, tais como julgamentos de juízes de primeiro grau, julgamentos e jurisprudências provenientes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça, com exceção do controle de constitucionalidade em abstrato frete à Constituição Estadual.

Por outro lado, poderão servir como *causa petendi* da ação rescisória as normas provenientes de precedentes advindos de controle de constitucionalidade em abstrato e as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que são fontes obrigatórias em sentido forte, bem como as demais súmulas e julgamentos (incluindo os julgamentos de recursos representativos de controvérsia) do próprio Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e de controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e municipais diante da Constituição estadual, pelo Tribunal de Justiça.

Embora demonstrados quais os precedentes passíveis de serem utilizados como *causa petendi* de ação rescisória, deve-se, ainda, solucionar como e em quais circunstâncias deverá ser dada sua aplicação.

Em se tratando de ação rescisória por base no inciso V do art. 485 do CPC, como esta é instrumento cabível para a desconstituição de decisão de mérito, a primeira circunstância a se apontar é que o precedente judicial violado a ser utilizado como cabimento do *iudicium rescindens* deve ter correlação com o *meritum causae* da decisão a que se quer desconstituir, não podendo versar sobre matéria estranha ao mesmo.

A segunda observação diz respeito ao momento em que o precedente judicial violado foi firmado em relação à decisão a que se deseja rescindir. Há de se verificar que o pressuposto do presente trabalho é que a atividade jurisdicional é criativa e, portanto, cria o direito a cada decisão que prolata. Tal direito, além de ser norma aplicável no caso concreto, também poder ser utilizado como norma abstrata para outros casos semelhantes ou de mesma questão de direito. Assim sendo, o Judiciário, ao produzir decisão devidamente fundamentada com uma *ratio decidendi* generalizável, cria *direito novo*, podendo ser aplicado em casos julgados no futuro. O direito novo, em regra, não pode retroagir e ser aplicado para situações pretéritas. Em se tratando de precedente judicial em nosso sistema, a data relevante para se apurar se uma decisão é anterior ou posterior é a data da publicação das mesmas. Desse modo, um precedente judicial violado só poderá ser utilizado como cabimento de ação rescisória se for anterior à decisão a que se deseja rescindir.

No entanto, tal fato não se aplica quanto à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pela Corte Maior. Por se tratar de matéria constitucional, a existência de uma decisão que confronte à Constituição é contrária aos princípios basilares do ordenamento jurídico. Ocorrendo, por exemplo, lei ou ato normativo inconstitucional, o ordenamento pátrio os trata como se nulos fossem. Aos julgamentos do Supremo são concedidos, inclusive, efeitos *ex tunc* às declarações de sobre a constitucionalidade ou não das referidas normas. Retroage, portanto, o precedente da Suprema Corte, desde que não haja modulação dos efeitos. Tal ideia pode ser transportada à situação de decisão judicial que confronte a Constituição. Assim, ainda que posteriores, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal têm o condão de retroagir, de modo que podem alcançar decisões judiciais anteriores que lhes são contrárias¹⁹.

¹⁹ O ordenamento jurídico vem aos poucos sendo modificado de modo que venha sendo confirmado o entendimento da possibilidade de cabimento de ação rescisória por violação de precedente judicial. Proveniente das recentes reformas do processo de execução, foram incluídos pela lei 11.232/2005 o parágrafo 1º do art. 475-L e o parágrafo único do art. 741 do CPC, que apresentam uma possibilidade de inexigibilidade de título quando da fase ou processo executório no caso deste se

São reconhecidos pela doutrina os problemas enfrentados pelo direito brasileiro no tocante aos excessos de casos e diversidade de interpretações jurisdicionais num mesmo momento histórico (WAMBIER, 2012, p. 36). Para que não se ofenda a segurança jurídica, a utilização de precedentes judiciais como hipóteses de cabimento de ação rescisória deve ser vista com parcimônia.

Assim sendo, é necessário observar as limitações que o sistema jurídico traz na aplicação do precedente judicial para a rescisão da coisa julgada. Nesse sentido, faz-se mister interpretar o enunciado de súmula número 343 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: *“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”*

De acordo com o enunciado sumular, não será rescindida, portanto, a decisão judicial transitada em julgada que, à época, baseou-se em interpretação controvertida dos tribunais. Ocorre que tal entendimento não pode vir a ser amplamente utilizado, por força da isonomia e da garantia de unidade e coerência do sistema. Desse modo, não será possível a aplicação irrestrita do enunciado sumular (MARTINS, 2005, p. 27), mostrando-se necessário a real compreensão e amplitude do mesmo. Vejamos, portanto, seu âmbito de abrangência.

Inicialmente, destaca-se a questão de quando ocorre controvérsia jurisprudencial impeditiva de ação rescisória baseada no art. 485, V do Código de Processo Civil.

A interpretação controvertida não deve ser tida pela mera existência de um ou outro julgado, mas, sim, que existam efetivamente correntes jurisprudenciais, advindas de reiteradas decisões. Não há como existência de controvérsia, portanto, quando existirem poucas decisões de acordo com certa interpretação, sendo que efetivamente há apenas um corrente jurisprudencial que indica como sendo outra a interpretação cabível.

Para que seja reconhecida a existência de divergência de jurisprudências, os entendimentos defendidos em ambas as correntes devem ser razoáveis. Assim devem ser entendidas aquelas decisões que não sejam teratológicas, uma vez que absurdas e irracionais, como também aquelas que fujam dos padrões básicos de interpretação. Em que pese a possibilidade de compreensões diversas, as palavras e expressões possuem certo conjunto de significados possíveis, dentro do qual é admissível atribuir determinada interpretação e aos quais o aplicador do direito está atado. Fora desses parâmetros, ocorre atribuição de significação que extrapola o razoável. Desse modo, não é possível que determinada corrente

basear em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Quando proveniente de título executivo judicial, trata-se de um caso de rescisão da decisão de mérito por violação a precedente judicial da Corte Suprema.

jurisprudencial que interpreta o direito fora das atribuições de significado possíveis seja considerada para efeitos de existência de controvérsia.

Não se pode admitir que sobreviva decisão com fundamento em compreensão totalmente incorreta, sob pena de se prestigiar o “acaso” (WAMBIER, 1997, p. 150). Desse modo, por se tratar de decisão pautada em interpretação teratológica ou que fuja dos padrões básicos, é possível, como também é bom à isonomia e à unidade e ao respeito ao ordenamento, que ela venha a ser rescindida por violação a precedente judicial de força vinculante, ainda que posteriormente prolatado, desde que esse venha a demonstrar que a interpretação com a qual se pautou a decisão é totalmente *errada* e não deveria, de modo algum, ter sido utilizada. Quanto às interpretações razoáveis e às fora dos padrões básicos, aponta DIDIER JR. (2011, p. 407) que “violar literal disposição de lei equivale a conferir-lhe uma interpretação equivocada de maneira aberrante, evidente, que salta aos olhos, não havendo tal violação literal se a interpretação for razoável (...)”.

Assim sendo, verifica-se que apenas haverá controvérsia quando houver fortes correntes jurisprudenciais cujas interpretações estão no limite do razoável. Caso um precedente judicial, de força vinculante, pacifique e resolva *a divergência entre interpretações razoáveis*, criar-se-á no sistema jurídico uma nova norma jurídica, cujo conteúdo diz que determinada interpretação, é a melhor e que, portanto, deve ser observada nos casos futuros. Destarte, não poderá ser tido como *causa petendi* do pleito a se desconstituir a ação rescisória, já que será direito novo, como já comentada, não podendo retroagir. A questão, em verdade, resolve-se não pela aplicação do enunciado da súmula 343 do STF, mas pela identificação de que um precedente judicial posterior é direito novo, não podendo, em regra, ser aplicado em julgamentos pretéritos para fins de desconstituição da coisa julgada.

Deve-se também atentar para a identificação das correntes jurisprudenciais que ensejam a controvérsia. Uma vez verificada, a controvérsia se dá apenas entre elas. Desse modo, uma decisão que deu determinada interpretação, em certa questão jurídica, que não siga nenhuma das correntes jurisprudências em que se dá a divergência, pode ser rescindida, uma vez que, quanto à interpretação inserta na decisão não participa da controvérsia, tratando-se apenas de questão isolada. Pode, assim, ser desconstituída por violação precedente, desde que com força vinculante, que adotar qualquer das posições a que os tribunais têm por dissonante.

Delimitada a compreensão da divergência jurisprudencial, há de se verificar, ainda, que havendo precedente judicial com força vinculante sobre o tema, a princípio, não deve ser

reconhecida existência de interpretações dissonantes nos tribunais. O mesmo ocorrerá quando já houver jurisprudência consolidada acerca de uma determinada interpretação. Se já há um precedente judicial com força vinculante, ao menos em sentido fraco, verifica-se que qualquer controvérsia deve se dar por pacificada. Assim, havendo uma ou mais decisões judiciais contrárias a precedente judicial posterior, dotado de força obrigatória, este poderá servi como cabimento para o *iudicium rescindens*.

Quanto à aplicação do enunciado sumular ora comentado ao precedente judicial como hipótese de cabimento de ação rescisória, é possível vislumbrar uma situação. Havendo divergência entre interpretações razoáveis de turmas de um Tribunal Superior, tal como o STJ e o TST, que criam precedentes de força vinculante, neste caso ocorrerá controvérsia. Assim, por aplicação da súmula 343 do STF, não poderá ser utilizado nenhum dos precedentes judiciais de força vinculante para a rescisão de uma decisão judicial pautada na outra interpretação controversa. Existindo efetiva divergência razoável, esta apenas poderá ser solucionada com a consolidação da jurisprudência em apenas um sentido, de modo que uma das turmas altere seu posicionamento, ou, ainda, por deliberação de Seção ou Pleno do Tribunal, que decide qual das posições, ou nenhuma delas, é a melhor. Nessas hipóteses, as turmas, a Seção ou o Pleno proferirão direito novo, de modo que não pode ser aplicado nos julgamentos pretéritos, não servindo como *causa petendi* de ação rescisória. Destarte, tem-se nesse exemplo a única influência verdadeira da súmula 343 do STF quando ao cabimento de precedentes vinculantes violados.

Também é possível a referida pacificação de dissonância jurisprudência entre correntes reconhecidas nos tribunais Superiores por precedentes emanados do STF. Nesse caso, como já visto, por se tratar de matéria constitucional e questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, será possível a rescisão da decisão contrária a tal precedente.

Por sinal, um ponto de inaplicabilidade do enunciado da súmula 343 do STF bem analisado pela doutrina, e seguido pela jurisprudência²⁰, reside na interpretação dada em matérias constitucionais. Dispõe DIDIER JR. (2011, p. 408) que é pacífico o juízo de que, ainda que controvertido o entendimento quando da prolação de sentença rescindenda, cabe rescisória se for constitucional a norma apontada como violada. Isso porque a questão

²⁰ Como se afere de AR 2702 MG 2003/0002110-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 14/09/2011, S1 – Primeira Seção do STJ, Data de Publicação: DJe 23/02/2012; AR.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 588952 SC, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 13/09/2011, Segunda Turma do STF, Data de Publicação: DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 EMENT VOL-02624-02 PP-00157; RE-AgR 382960 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 30/09/2008, Segunda Turma do STF, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-03 PP-00568.

constitucional traduz-se numa conflito basilar, sobre o qual todo o sistema repousa. Como já visto, em tese, norma declarada inconstitucional, seja advinda de lei ou precedente, não tem validade, de modo que deveria ser considerada nula não deveria produzir qualquer efeito. Assim, também a sentença que baseou em norma inconstitucional apresentaria certo vício pelo qual poderia vir a ser rescindível.

Para GRINOVER (1997, p. 40), a possibilidade de se afastar a incidência da súmula 343 limitar-se-ia à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, não sendo passível de se aplicar à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pela própria Corte, pois, segundo a mesma, a coisa julgada se daria apenas entre as partes e, ainda, a declaração de inconstitucionalidade não receberia tal manto, uma vez que não estaria no dispositivo, apenas na fundamentação. Discordamos, todavia, deste entendimento, uma vez que, se declarada a inconstitucionalidade no controle incidental, os fundamentos do julgado – *ratio decidendi* - podem ser generalizados para casos posteriores possuindo, inclusive, vinculatividade, como já demonstrado. Nesse sentido, discutindo acerca da impossibilidade de aplicação da súmula 343, aponta DIDIER JR(2011, p. 408) que as decisões do STF, ainda que no controle difuso de constitucionalidade, são paradigmáticas, e que, portanto, os demais tribunais devem segui-las.

Desse modo, julgada a (in)constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal, tal precedente poderia servir como *causa petendi* para rescindir sentença, ainda esta seja anterior ao julgamento da Corte Maior, desde que dentro do prazo decadencial da ação rescisória.

Em suma, portanto, o enunciado sumular ora em comento deve ser restringido de modo que não seja aplicado quando efetivamente não ocorrer nenhuma controvérsia jurisprudencial. Essa discordância entre tribunais não ocorrerá se não houver decisões suficientes em um determinado sentido ensejar fortes correntes de interpretação em sentidos diferentes. Também não será o caso quando a questão tiver sido pacificada ou quando a uma corrente possuir interpretação teratológica, fora do razoável. Por fim, não deve tida ser como discórdia dos tribunais quando, a princípio, já existir, à época da decisão rescindenda, precedente judicial de força vinculante.

Haverá restrição, também, do enunciado sumular quando for o caso violação de norma de matéria constitucional. Desse modo, não importa se há ou não controvérsia jurisprudencial, é possível aplicar precedente advindo de julgamentos do STF, ainda que posteriores à decisão a que se pretende rescindir.

A única real possibilidade de aplicação da súmula 343 do STF ocorreria quando houvesse divergência de interpretações entre turmas de tribunais superiores. Assim, o precedente que adota uma posição não poderá ser utilizado como *causa petendi* do *iudicium rescindens* se a decisão a que se pretende atacar a coisa julgada seguiu a outra interpretação do mesmo tribunal superior que estava na divergência, uma vez que a decisão a que se pretende rescindir baseia-se em fonte vinculante tida como apta ao tempo em que aquela foi prolatada.

Feitas as observações pertinentes ao momento do precedente judicial em comparação com a decisão rescindenda e os parâmetros referentes à súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, vejamos como as situações possíveis em que dará, ou não, a aplicação dos precedentes judiciais como hipóteses de cabimento de ação rescisória.

A primeira situação ocorre quando há violação à norma advinda de precedente judicial de força vinculante que é anterior à sentença rescinda. A princípio, será cabível a ação rescisória com base no art. 485, V do CPC.

Lado outro, se o precedente judicial de força vinculante violado for posterior à decisão a que se pretende desconstituir, não será possível baseada naquele, uma vez que gerou direito novo, não podendo ser aplicado a casos pretéritos.

Por aplicação do enunciado da súmula 343 do STF, em sendo o caso de ocorrência de efetiva controvérsia jurisprudencial de interpretações razoáveis no âmbito de tribunais superiores, como visto, não será possível a aplicação de precedentes judiciais, mesmo que ambos tenham vinculatividade, se a decisão rescindenda se basear em uma daquelas interpretações divergentes. Mesmo que posteriormente o caso venha a ser pacificado por consolidação da jurisprudência, por julgamento de Seção ou Pleno, não será possível a aplicação deste precedente pacificador, uma vez que será direito novo.

Se, entretanto, uma das interpretações controvertidas da divergência jurisprudencial nos tribunais superiores causar decisões teratológicas ou for um entendimento que fuja do razoável será possível aplicar o precedente posterior que venha a pacificar a divergência, entendendo como incabível, por absolutamente errada e fora dos parâmetros razoáveis, determinada interpretação.

Se o precedente for posterior à coisa julgada a que se deseja desconstituir, mas tratar de questão constitucional e advir de julgamento do Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concentrado quanto no controle incidental, haverá a possibilidade de rescisão da decisão, ainda que esta lhe seja anterior. Pouco importará se havia ou não controvérsia jurisprudencial anterior, sendo cabível a rescisão do julgado, por base no precedente da

Suprema Corte, desde que seja respeitado o prazo decadencial de dois anos. Excepciona-se, contudo, quando o julgamento da Corte Maior modular os efeitos da decisão, tornando-o *ex nunc*, porque, desse modo, não haverá retroatividade do julgado que resolve questão jurisprudencial.

3. CONCLUSÃO

Diante de um quadro de constante crescimento da atividade jurisdicional nos países alinhados à tradição *Civil Law*, faz-se necessário estudar os impactos que as decisões cada vez mais constantes e paradigmáticas trazem ao próprio direito. Nessa esteira, é fundamental que se proceda ao exame dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro e de como eles repercutem na construção do próprio direito. Assim, muitos institutos clássicos do direito processual civil poderão e deverão sofrer uma adequação que englobem esse fenômeno jurídico. Dentre esses, destaca-se o instituto da ação rescisória, que merece releitura para reconhecer os influxos dos precedentes judiciais, inclusive em suas hipóteses de cabimento.

A partir da questão dos atuais influxos que os precedentes vêm trazendo no cenário do direito brasileiro, buscou-se, neste trabalho, compreender como o precedente é tratado no sistema jurídico pátrio. Antes de tudo, foi necessário adentrar a formação histórica da *Civil Law* e da *Common Law* para entender suas maneiras de conceber, interpretar e criar o direito e compreender suas diferenças fundamentais. Entretanto, foi verificado que diversos fatores influenciaram uma maior convergência entre as tradições, dentre os quais a progressiva perda de importância dos Códigos na tradição da *Civil Law*, uso cada vez mais constante da técnica legislativa das cláusulas gerais, maior intervenção do Estado e do Direito em campos que antes tal intervenção era impensável, o neoconstitucionalismo e o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição, ideias de jurisdição constitucional e força normativa dos princípios.

Por este crescimento da atividade jurisdicional, faz-se interessante, mesmo na *Civil Law*, o estudo dos elementos dos precedentes judiciais e sua vinculação na *Common Law*, para que se possa aproveitar toda a experiência desta. Assim, procedeu-se a uma apreensão dos conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, e *overruling*, bem como da vinculação dos tribunais inferiores e a dos próprios tribunais superiores aos julgados proferidos por estes pela doutrina do *stare decisis*.

Para que fosse possível a compreensão do precedente judicial no sistema brasileiro, fundamental a superação do dogma de que o juiz não cria direito, tendo a função apenas de “boca-da-lei”. Mesmo na *Civil Law* o judiciário tem função criativa do direito, construindo o mesmo a cada decisão, que repercutirá nas posteriores.

Nesse viés, foi necessária, também, a superação da concepção positivista de fontes formais do direito, arraigada numa ideia de que apenas os fatos, procedimentos e normas

juridicamente institucionalizados é que podem gerar normas jurídicas. Pela necessidade de compreensão do Direito como uma prática social de natureza hermenêutica, o conceito de fontes do direito também deve ser entendido em seu ponto de vista argumentativo, de modo a perceber a fonte como razão que pode ser usada como base justificatória da interpretação jurídica. A partir dessa noção é possível classificá-las como fontes materiais ou institucionais, ou, ainda, de acordo com a vinculatividade, como fontes obrigatórias em sentido forte, obrigatórias em sentido fraco e permitidas. Para tal análise desta classificação, viu-se necessário fazer uso de fatores que pudessem determinar o grau de vinculatividade. Alguns critérios são institucionais como o contexto institucional, a tradição jurídica e a estrutura constitucional. Outros fatores são extrainstitucionais e correspondem à análise de doutrinas jurídico-teóricas dominantes.

Nesse diapasão, analisaram-se graus de vinculatividade de diversas formas precedencialistas no direito brasileiro. A partir de fatores institucionais, percebeu-se que súmulas vinculantes e precedentes advindos de controle abstrato de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal são fontes obrigatórias em sentido forte. Súmulas, jurisprudências e julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, além do controle abstrato de constitucionalidade frente às Constituições dos Estados pelos Tribunais de Justiça, podem ser considerados fontes obrigatórias em sentido fraco. Por outro lado, os demais precedentes no sistema brasileiro têm força argumentativa apenas de persuasão, sendo fontes permitidas.

Destrichado tal panorama, foi-se verificar como os precedentes influenciariam nas hipóteses de cabimento de ação rescisória. Como a ação rescisória pretende desconstituir um julgado que está sob o manto da coisa julgada, observou-se que tal meio deve ser visto pelo sistema como excepcional, devendo-se ter o maior cuidado para que as desvantagens da rescisão, ligadas aos problemas quanto à segurança jurídica, não suplantem as vantagens da ação rescisória, ligadas à decisão judicial justa.

Logo em seguida, verificaram-se as hipóteses legais de cabimento do pleito rescisório, detendo-se a atenção ao disposto no art. 485, V do Código de Processo Civil. Ao interpretar o dispositivo sob a ótica das fontes do direito por uma teoria da argumentação que foi proposta, viu-se que não é a violação à lei que pode ser tida como apta a ensejar a desconstituição da coisa julgada, mas a violação ao direito em tese. Entretanto, por força da segurança jurídica, a violação não pode ser de qualquer fonte, devendo-se utilizar os critérios de fontes materiais e fontes institucionais para tanto. Percebeu-se assim que apenas as fontes institucionais seriam aptas ao pleito rescisório, mas não só esse critério seria suficiente. Foi necessária a utilização

do critério da vinculatividade das fontes do direito. Assim, apenas as fontes que apresentassem certa vinculatividade, sejam obrigatórias em sentido forte, sejam obrigatórias em sentido fraco, poderiam servir para embasar a ação rescisória.

A partir da teoria e critérios apresentados, é possível concluir que algumas formas de precedentes judiciais brasileiros devem ser reconhecidas como hipóteses de cabimento de ação rescisória. Por se tratarem de direito em tese, a violação aos precedentes com vinculação poderia ser *causa petendi* do pleito rescisório, desde que versarem sobre matérias referentes ao julgamento de mérito da decisão a que se pretende rescindir. Desse modo, os precedentes que possuam força vinculante, em sentido forte ou fraco, como visto, poderiam dar a possibilidade de ingresso de ação rescisória, se violados. Deixando claro, seria possível, assim, que as violações das seguintes espécies também poderiam ensejar ação rescisória: súmulas vinculantes, precedentes advindos de controle abstrato de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, demais súmulas, jurisprudências e julgados (incluindo as decisões prolatadas em recurso repetitivo) do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, controle abstrato de constitucionalidade frente às Constituições dos Estados pelos Tribunais de Justiça.

Viu-se que por ser a atividade jurisdicional, como atividade de criação de normas que é, gera norma jurídica concreta e norma jurídica generalizável. Assim, cria *direito novo*, pelo não seria possível a princípio utilizar como hipóteses de cabimento do *iudicium rescindens* precedentes posteriores à decisão a ser desconstituída. Excepciona-se o caso das formas precedencialistas advindas de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que vieram de interpretação de normas de cunho constitucional, em que seria possível a utilização de precedente judicial posterior.

Analisou-se também os influxos que a súmula 343 do STF poderia trazer. Verificou-se que, em regra, havendo precedente judicial de força vinculante, não deve ser reconhecida controvérsia de interpretação judicial. Ocorrendo, assim, decisões posteriores contrárias a ele, será possível que o mesmo sirva como *causa petendi* do *iudicium rescindens*. Todavia, por ser direito novo, não poderá servir como cabimento de ação rescisória a violação a precedente judicial com vinculatividade que seja posterior a decisão a que se pretende rescindir. Avaliando a única verdadeira aplicação do enunciado sumular quanto ao cabimento de precedente judicial para ação rescisória, observou-se caso em que haja interpretações controvertidas em tribunais superiores. Nesse caso, os precedentes judiciais dissonantes com interpretação razoável, em que pesem apresentarem força vinculante, não poderão servir como cabimento para a desconstituição da coisa julgada. Mesmo que venha a ser pacificado, quando

a norma não for constitucional, o precedente harmonizador será direito novo, não podendo servir para rescisão. Todavia, se o precedente for posterior à coisa julgada a que se deseja desconstituir, mas for do Supremo Tribunal Federal, tratando de matéria constitucional, seja no controle concentrado ou no controle incidental, haverá a possibilidade de rescisão baseada nesse mesmo precedente, independente da existência ou não de controvérsia, desde que seja respeitado o prazo decadencial de dois anos.

Conclui-se, portanto, que o ambiente doutrinário e jurisprudencial brasileiro deve começar a se preocupar melhor com a temática do precedente judicial. Para tanto, é necessário que o aplicador do direito leve-o em consideração nas interpretações jurídicas. Os institutos do direito brasileiro devem ser revistos à luz da vinculatividade dos precedentes judiciais, especialmente a ação rescisória, em que se deve interpretar suas hipóteses de cabimento, em especial aquela contida no art. 485, V do CPC, de maneira afinada ao prestígio que atividade criativa jurisdicional adquiriu nas últimas décadas. Nesse panorama, deve ser reconhecida a capacidade de precedentes judiciais figurarem como hipótese de cabimento.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Gustavo. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Princípio de direito processual do trabalho. **Revista LTr**. 73-02, fevereiro de 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **O direito inglês**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. Vol. I. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR. Fredie, CUNHA, Leonardo Joé Carneiro. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação das decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DRUMMOND, Paulo; CROCETTI, Priscila. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência da tradição do *common law* e do *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos de cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 1ª edição. Salvador: Jus Podivum: 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 87, ano 22, pág. 37-47, julho-setembro de 1997.

MARTINS, Amanda Sfredo. **Ação rescisória por violação à literal disposição de lei**: uma análise acerca da aplicabilidade da súmula 343 do STF. 2005, 47f. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado). Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, Juiz de Fora, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, BRANCO. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ação rescisória das sentenças e outras decisões**. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 206, abril de 2012.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Vol. V (arts. 476 a 565). 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos ds cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 1ª edição. Salvador: Jus Podivum: 2010.

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa. O art. 485, V, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Ano 22. Abril-junho 1997.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 752, ano 87, jun. 1998, pp. 22-30.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim. Sobre a súmula 343. **Revista de Processo**. Ano 22. Abril-junho 1997.

WAMBIER, Tereza de Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder, DELGADO, José Augusto (org.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.