

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE ACERCA DA EFICÁCIA VINCULANTE

Sara Hellen Trevisan Bosso

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE ACERCA DA EFICÁCIA VINCULANTE

Sara Hellen Trevisan Bosso

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente/SP
2017

PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE ACERCA DA EFICÁCIA VINCULANTE

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
1º Examinador

Carlos Eduardo dos Santos Nunes
2º Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2017.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por me conceder sabedoria para produzir a presente pesquisa, bem como ser meu alicerce nos momentos mais árduos, inclusive por se mostrar sempre presente em todos os momentos e indicar o caminho a ser trilhado, me concedendo a cada manhã a luz, a sabedoria e a força.

Agradeço, em especial, ao meu pai José Alberto Pasquini Bosso que enfrenta diariamente os desafios das estradas brasileiras para me proporcionar os estudos, pois, como ele bem diz: não há espaço que ocupe o conhecimento! E essa é, sem dúvidas, a maior herança que ele pode me deixar.

Também, um agradecimento especial a minha mãe Hellen Roberta Trevisan Bosso, que diariamente se esforça para fornecer o aconchego que só o colo de mãe pode nos proporcionar, além das lições diárias de vida que me são dadas por essas dádivas que Deus me concedeu.

Agradecer aos meus irmãos, Mariellen e Marllon que, com os olhos de irmãos mais novos, cuidam de mim, como eu deveria cuidar deles, me dando apoio para a conquista de sonhos e por sempre terem algo a me ensinar. Assim, agradeço a minha família que, configurando minha base, sempre me apoiou e não mediu esforços para que eu pudesse trilhar nesta caminhada.

Agradeço também o meu orientador e professor Wilton Boigues Corbalan Tebar por ter aceito me orientar nessa pesquisa, por contribuir na minha formação profissional, por se mostrar sempre disposto e transmitir todo seu conhecimento ao longo desses meses de orientação. Obrigada por ser esse excelente profissional, contribuindo na conclusão de um momento tão especial na jornada acadêmica. É uma honra poder dizer que é meu orientador.

Agradeço aos examinadores, que aceitaram participar desse momento tão especial nos trilhos da faculdade, e que, sem dúvidas, ao longo das aulas e de debates, contribuirão muito na formação acadêmica com ensinamentos. Obrigada por aceitar compor esse momento único na formação acadêmica de todo estudante. É uma honra ter a presença de vocês.

Também agradeço aos amigos que fiz durante essa caminhada, os quais possuem um lugar especial em meu coração e pretendo levar a amizade de cada um para a vida toda. Obrigada por cada momento em que a amizade se fez mais forte, pelos apoios e palavras de coragem para enfrentar essa jornada.

Obrigada por contribuírem na minha formação como pessoa e como profissional, pois tenho certeza que, sem vocês, não seria o que sou, nem mesmo teria chegado onde cheguei.

RESUMO

O atual Código de Processo Civil, com a finalidade de aprimorar a aplicação do direito, bem como promover a segurança jurídica, inovou o processo civil de diversas maneiras. Diante disso, adotou o sistema de precedente judiciais, que é um instituto criado sob a égide da *Common Law*, sistema jurídico essencialmente diverso da *Civil Law* – sistema jurídico adotado no Brasil. Contudo, o referido sistema possui em sua essência peculiaridades aptas a cumprir os ideais trazidos pelo atual Código de Processo Civil. Neste viés, o presente estudo possui como finalidade analisar algumas particularidades desse sistema, especificadamente a eficácia vinculante que é atribuída ao precedente judicial, através de alguns dos mais relevantes apontamentos acerca do tema. Por fim, visa demonstrar a contribuição que esse sistema agregará em nosso ordenamento jurídico, na medida em que é apto para efetivar garantias processuais e constitucionais, sobretudo, a segurança jurídica e a isonomia.

Palavras-chave: Precedente Judicial. *Common Law*. *Civil Law*. Eficácia Vinculante.

ABSTRACT

The current Code of Civil Procedure with the purpose of improving the application of the law, as well as promoting legal security, has innovated the civil process in several ways. In view of this, it adopted the judicial precedent system, which is an institute created under the aegis of Common Law, a legal system essentially different from the Civil Law - legal system adopted in Brazil. However, the aforementioned system possesses in its essence peculiarities capable of fulfilling the ideals brought by the current Code of Civil Procedure. In this line of thought, the present study aims to study some particularities of this system, specifically the binding efficacy that is attributed to the judicial precedent, through some of the most relevant notes on the subject. Finally, it aims to demonstrate the contribution that this system will add to our legal system, inasmuch as it is capable of implementing procedural and constitutional guarantees, above all, legal security and isonomy.

Keywords: Judicial Precedent. Common law. Civil law. Binding Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 APRESENTAÇÃO CONCEITUAL DO CIVIL LAW E COMMON LAW	9
2.1 Sistema Civil Law e a Aplicação do Direito Processual Civil	11
2.2 Sistema Common Law e a Aplicação do Direito Processual Civil	15
2.3 Os Instrumentos de Otimização da Jurisdição	17
3 PRECEDENTE JUDICIAL SEGUNDO A COMMON LAW.....	22
3.1.1 <i>Ratio decidendi</i>	24
3.1.2 <i>Obiter dictum</i>	27
3.2 Precedente Judicial Segundo a <i>Civil Law</i>	28
4 SISTEMA DE VINCULAÇÃO.....	32
4.1 Eficácia Persuasiva	36
4.2 Eficácia Vinculante	39
5 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS.....	43
5.1 Dever de Fundamentação em Face da (In)Aplicabilidade de Precedente Judicial Obrigatório.....	43
5.2 Improcedência Liminar do Pedido em Razão da Pretensão Contrária ao Precedente Judicial Obrigatório	47
5.3 Eficácia Vinculante e a Independência do Juiz	50
5.4 Fomentação a Segurança Jurídica.....	53
5.5 (Im)possibilidade de Engessamento do Direito em Face da Incidência do Precedente Vinculante	55
5.5.1 <i>Distinguishing</i>	57
5.5.2 <i>Overruling</i>	59
6 CONCLUSÃO	62
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 com a finalidade de aprimorar a prestação judiciária, no sentido de promover a concretização de princípios constitucionais basilares de nosso ordenamento jurídico, importou, criou e enfatizou institutos, os quais geraram inquietação no mundo jurídico.

Uma das inovações trazidas pelo atual código de processo civil é o sistema de precedentes judiciais, criado sob a égide da *Common Law*, que possui em sua essência a vinculação das decisões já proferidas, ou seja, os magistrados utilizam-se de decisões já proferidas para solucionar as futuras lides.

Dessa forma, tendo em vista a essência do sistema de precedentes judiciais, observa-se que a sua aplicabilidade gera segurança jurídica e isonomia, pois, ao passo que o magistrado aplica a mesma decisão para casos semelhantes ou idênticos, tem-se, como consequência, a previsibilidade e a estabilidade do retorno que o poder judiciário dará frente a determinada lide.

Diante dessas premissas é que legislador optou por introduzir em nosso ordenamento jurídico esse sistema, uma vez que o atual cenário jurídico brasileiro revela-se divergente em inúmeros aspectos. Nota-se ainda, que paira sobre o poder judiciário a insegurança jurídica, e por conseguinte, a desigualdade, mora processual e a desconfiança da sociedade para com o Estado.

Todavia, em razão de o sistema de precedentes judiciais ter sido moldado de acordo com a cultura da *Common Law*, que consiste em um sistema jurídico baseado, substancialmente, nos costumes para a solução dos conflitos levados a julgamento, é que gerou um olhar duvidoso a respeito da aplicação deste em nosso ordenamento, pois o sistema jurídico brasileiro foi estruturado sob a égide da *Civil Law*, e sua essência é diversa da *Common Law*.

No mais, ao inserir esse instituto em nosso ordenamento jurídico, o legislador previu um rol de pronunciamentos judiciais atribuindo-lhes *status* de precedente judicial, cuja aplicação é obrigatória. Salienta-se que ao analisar o rol, disposto no artigo 927, do Código de Processo Civil, verifica-se que todos os pronunciamentos elencados tratam de temas que atingem grande massa da sociedade, ou seja, são temas relevantes, inclusive, de repercussão geral, os quais abrangem minimamente um número considerável de pessoas.

Neste íterim, a eficácia obrigatória atribuída aos precedentes judiciais, pode gerar consequências benéficas e maléficas ao ordenamento jurídico, de forma que, ao mesmo tempo que se aprimora princípios e garantias, também os limita. Assim, o presente estudo pauta-se na análise dessas consequências da aplicação do precedente judicial cuja eficácia é obrigatória.

Contudo, é possível mencionar que a eficácia obrigatória, de certo modo, já existe em nosso ordenamento jurídico referente a alguns institutos, como por exemplo, a súmula vinculante, que foi inserida pela Emenda Constitucional nº45 de 2004. Portanto, a vinculação dos precedentes judiciais, não trata-se de uma absoluta novidade, posto que já existe previsão semelhante.

Insta salientar que a obediência pelos tribunais acerca das decisões vinculantes, na Common Law, é vista de uma maneira vantajosa ao sistema como um todo, inclusive é feita de forma voluntária, o que, ao contrário do que se vem percebendo no ordenamento jurídico brasileiro, há uma relutância por parte dos magistrados em seguir o que já foi postulado por outro magistrado em casos semelhantes.

Isso em razão da ideia brasileira de que o juiz tem o poder de decidir da maneira que bem entender, como se este fosse dono da lei, ou até mesmo da justiça, o que se faz errôneo, dado que é necessária consciência e responsabilidade por parte destes na aplicação do direito. Inclusive, destaca-se que a função do magistrado é interpretativa, não podendo criar normas.

Não obstante, é necessário mencionar que a aplicação obrigatória dos precedentes judiciais não se faz absoluta, tendo em vista as técnicas de superação da eficácia vinculante. Porém, necessário se faz que o poder judiciário se posicione, como um todo, de maneira semelhante frente às lides, que siga os precedentes judiciais ou ao menos que seja realizada a fundamentação na aplicação dessas técnicas de superação.

Desta forma, o presente estudo teve como finalidade verificar a eficácia vinculante, bem como, os reflexos de sua aplicação, analisando os principais pontos pertinentes acerca do tema. Para isso, será utilizado método de estudo dedutivo, uma vez que todo o seu desenvolvimento está pautado em construções teóricas de premissas gerais que legitimarão as conclusões particulares do instituto.

2 APRESENTAÇÃO CONCEITUAL DO CIVIL LAW E COMMON LAW

A *common law* e a *civil law* constituem sistemas jurídicos substancialmente diversos, tendo em vista o cenário histórico em que foram construídos, bem como a maneira como cada ordenamento jurídico buscou formar sua estrutura, na tentativa de se estabelecer um sistema jurídico seguro e isonômico.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a *common law* e a *civil law* são tradições jurídicas descendentes de circunstâncias políticas e culturais distintas, o que implicou na formação de cada sistema, em que cada um criou institutos e conceitos próprios.¹

Acerca da influência política e cultural na formação dos sistemas jurídicos aqui tratados, Délio Mota leciona:

O *civil law*, no século XVIII, desenvolveu-se a partir dos ideais da Revolução Francesa (1789), visando à contenção do abuso de poder e idealizando a igualdade entre os cidadãos, a ser obtida através da lei, que seria aplicável indistintamente a todas as pessoas e que previa todas as relações jurídicas. No período anterior à Revolução Francesa, não se concebia um Poder Judiciário independente, pois não havia delimitação da atividade jurisdicional, de modo que os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes.

Por outro lado, o *common law* busca a equidade entre os cidadãos a partir da aplicação das decisões de casos concretos já julgados aos casos futuros, cujos fatos sejam semelhantes. Diferentemente da França, na Inglaterra, não se tinha desconfiança da Poder Judiciário, não havendo necessidade de se instituir um dogma da aplicação estrita da lei.²

Dessa forma, vislumbra-se que a crucial divergência entre os institutos, é a fonte do direito mais relevante para cada sistema, que foi assim eleita em razão da formação do sistema, influenciada pela cultura e política de cada território.

Contudo, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota como fonte primária do direito a lei, tendo em vista a tradicional necessidade de se regulamentar os fatos sociais que tinham importância jurídica, conforme mencionado no trecho acima. Assim, em contrapartida ao nosso sistema jurídico, o direito inglês – *Common Law* – elege que como principal fonte de seu direito os costumes sociais

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

² OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270. Ano 42. P. 313 – 351. São Paulo: Ed. RT, agosto, 2017, p. 316.

e jurídicos, em razão da forma como tratavam o sistema jurídico, bem como, pela influência monárquica que sempre fora presente.

Em relação aos sistemas René David leciona:

A Common Law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí um aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida como é nos países da família romano-germânica.³

Posto isso, observa-se que ainda que exista notáveis diferenças, é possível falar em um vínculo entre os sistemas. Isso, talvez, em razão da necessidade que surge em melhorar a aplicação do direito, é claro que diferenciais existem, porém, sobretudo, cada sistema, a sua maneira, busca aprimorar o emprego do direito.

Inicialmente, é preciso realizar uma breve análise da relação que cada sistema possui com o processo civil, possibilitando assim, a identificação dos principais pontos divergentes entre os ordenamentos jurídicos.

A identificação da relação processual se faz importante tendo em vista que é nela que encontramos os princípios norteadores do que cada sistema entende por ser o bom direito, bem como, descobrir os pilares das relações processuais, é também entender a estrutura que cada ordenamento segue.

No mais, o processo é o instrumento utilizado na busca pela satisfação da pretensão de um direito, o qual é intermediado por uma espécie de procedimento. É justamente o processo que tramita pelo poder judiciário, com a finalidade de se obter uma resposta positiva acerca da pretensão que o jurisdicionado possui.

Não importa qual o sistema, o processo será sempre esse instrumento de diálogo entre o Estado, na figura do juiz, magistrado, desembargador, e o jurisdicionado, cada qual com suas peculiaridades, pressupostos e elementos, ou seja, o processo é o meio de comunicação entre a sociedade e o Estado.

O vínculo que se estabelece entre o processo e o procedimento é essencialmente influenciado pelo sistema jurídico seguido pelo Estado, tendo em vista a criação de meios jurídicos criados sob a vertente daquele sistema. Dessa forma, analisando brevemente os dois sistemas jurídicos de suma importância para

³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

o tema, podemos discernir melhor os pilares de cada ordenamento indicando assim a relação existente entre o processo e o procedimento.

No mais, a aplicação do direito através do processo é induzida por determinadas regras, as quais são criadas de acordo com a evolução de cada sistema. Há uma tradição seguida, lógico que com melhoramentos, otimizações que ao longo do tempo surgem, porém, a origem ainda serve como base e indica o caminho a ser seguido.

Vale mencionar que, diferentemente da tradição brasileira, a subordinação em face de um precedente criado pelo órgão superior, não causa repúdio aos inferiores, pelo contrário, a obediência é vista sob um prisma positivo e vantajoso, qual seja, estabelecer a aplicação do direito de forma igualitária, bem como, reforçando cada vez mais a segurança jurídica.

Em relação aos pontos contrastantes entre os sistemas, vislumbra-se que o tratamento dado as fontes do direito também é de suma importância, tendo em vista que a fonte reconhecida como primordial em um sistema, pode não ser o do outro e nesse caso, quando há a resolução de uma lide, a conclusão pode ser essencialmente distinta.

Dessa forma, passa-se ao estudo da relação entre o sistema e a aplicação do direito processual de maneira breve, com a finalidade de entender melhor como funciona cada sistemática.

2.1 Sistema Civil Law e a Aplicação do Direito Processual Civil

O sistema jurídico brasileiro pertence à família romano-germânica, conforme o estudo de René David, o qual possui como uma das principais características a regulamentação das relações entre os cidadãos. Isso em razão de marcos históricos⁴, demonstrando assim a tendência em ter como fonte principal do direito, a lei.

O doutrinador Guido Fernando Silva Soares em sua obra reforça o marco histórico da família aqui estudada (romano-germânica), com a codificação e compilação do Direito Romano, conforme segue:

⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17/18.

Fato marcante da infância da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais (...), dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos.⁵

A ideia anteriormente mencionada é corroborada por René David:

Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no fato destes direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos. Partindo dos princípios do “direito civil”, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito.⁶

Vislumbra-se que sempre houve essa preocupação em possuir de forma positivada as relações e consequências dessas relações, cuja finalidade é manter o tratamento paritário através da aplicação da lei. Inclusive, observa-se que a lei buscava concretizar os ideais trazidos por outras fontes do direito, ou seja, a lei, como fonte principal, tenta regulamentar as diretrizes das demais fontes, consideradas secundárias.

Ademais, é evidente a influência Europeia sob o ordenamento jurídico brasileiro, devido a colonização, fazendo com que a família romano-germânica se expandisse, conquistando um gigantesco território, inclusive o Brasil, que foi colônia de Portugal⁷. Contudo, vale mencionar que, ainda que exista essa influência, esse direito foi sendo adequado e transformado com as peculiaridades de nosso território e demais influências.

Conforme mencionado, o *Civil Law* – sistema pelo qual o Brasil é signatário – possui como fonte principal do direito a lei, em razão da necessidade de regulamentar as relações sociais, derivada dos marcos históricos. Atualmente o direito civil se vale das cláusulas abertas, pois observou-se a impossibilidade de prescrever, em lei, todas as situações fáticas possíveis.

⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao direito dos EUA**. 1 ed. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p 27.

⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 18.

⁷ DAVID, 1996, loc. cit.

Primordialmente, para a resolução de conflitos, aplica-se a lei, essa é a principal fonte do direito para o nosso sistema jurídico. Entretanto, existem outras fontes do direito que são aplicadas subsidiariamente, nas hipóteses em que a lei é omissa ou possui interpretação cujo caráter é dúplice.

Miguel Reale confirma:

Veremos que, quando a lei é omissa, a jurisdição, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º), firma decisões dotadas de certa generalidade, mas, mesmo quando consubstanciadas em súmulas dos Tribunais Superiores, estão sujeitas à revisão, à vista de novas razões aduzidas pelas partes, em virtude de diretrizes teóricas consagradas por novos modelos hermenêuticos.⁸

Assim, nesses casos o magistrado socorre-se dessas fontes secundárias para aplicar o direito. Em respeito ao princípio da indisponibilidade, ou seja, do dever de julgar a lide, é impossibilitado à ele a faculdade de decidir. O nosso sistema permite que o poder judiciário aplique o direito com base em costumes, jurisprudências, doutrinas, costumes sociais e agora os costumes jurídicos – precedentes judiciais.

Salienta-se que tanto na aplicação da lei como na aplicação das demais fontes do direito para a resolução de uma lide, é imprescindível que seja fundamentado. Inclusive, o princípio do contraditório é efetivamente concretizado na sentença quando o juiz fundamenta expondo os motivos de entender pela procedência ou não da ação.

No que tange a fundamentação dos atos processuais, o Código de Processo Civil exige com certo rigor dos magistrados que, ao proferirem seus atos, construam uma fundamentação robusta e não só o mero apontamento à Súmulas, Precedentes ou Enunciados, conforme estabelece o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil.

No mais, o processo civil, no Brasil, passou por inúmeros momentos históricos que foram cruciais para sua presente formação. Atualmente, o Código de Processo Civil é instrumentalista, o que significa dizer que, o processo ganhou um

⁸ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo. Editora Saraiva, 1994, p. 11.

caráter publicista e solidarista na tentativa de deixar o processo menos formalista. Essa nova perspectiva é idealizada principalmente por Candido Rangel Dinamarco.⁹

Desta forma, possibilitou uma maior flexibilização do processo até mesmo quanto a participação do autor e réu na ação nos casos em que há negócio jurídico, em que as partes detêm maiores poderes a respeito do processo, claro, sem que seja retirada a essência deste.

Embora os poderes das partes foram limitadamente ampliados, os que concernem aos tribunais, ganharam um reforço em seu dever, como é possível observar no texto legal dos artigos 926 e 927 do atual Código de Processo Civil.

É preciso que os tribunais trabalhem em conjunto a fim de que seja aplicado o direito no mesmo seguimento, quando tratar de casos idênticos ou análogos. De acordo com Humberto Dalla e Roberto de Aragão “a racionalização das decisões judiciais, intrínseca à doutrina dos precedentes, é a concepção de que as decisões exaradas por juízes e tribunais devam ter a pretensão de universalidade para todos os casos semelhantes”¹⁰. Assim, é preciso que muitos paradigmas sejam quebrados e que haja uma comunhão entre todos que constroem o poder judiciário.

É possível afirmar que o sistema de precedentes judiciais, possui essa essência, qual seja, a busca pela igualdade nas decisões de casos idênticos ou semelhantes, inclusive que poder judiciário seja visto e funcione como único, seguindo a mesma linha de modo que ocorra a efetivação de normas legais. Nesse sentido, Humberto Dalla e Roberto Aragão afirmam que “a adoção do sistema de precedentes judiciais no Brasil repousa em dois princípios de estatura constitucional: segurança jurídica e igualdade”.¹¹

Sendo assim, fica evidente que a implementação do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico possui a função de trazer essa unificação do poder judiciário, de modo que haja uma universalidade na resposta ao jurisdicionado, de forma a evitar ou amenizar o atual cenário jurídico em que paira a insegurança jurídica.

⁹ Informações com base nos grupos de estudo de Iniciação Científica - Processo Civil Brasileiro, ministrado pelo Professor Gilberto Notário Liger proporcionado pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016. p. 417.

¹¹ PINHO, op. cit., p. 414.

Contudo, vislumbra-se que será preciso adequar o sistema de precedentes à cultura jurídica brasileira, em razão dos diferenciais existentes: uma tarefa árdua, mas possível.

2.2 Sistema Common Law e a Aplicação do Direito Processual Civil

O sistema jurídico conhecido como *Common Law* prevalece na Inglaterra e Estados Unidos, e como a própria expressão já indica, significa direito comum. Em outras palavras, é o direito costumeiro, que deriva primordialmente dos hábitos sociais e jurídicos.

René David, em sua obra, aqui já mencionada, descreve as características essenciais desse sistema, vejamos:

As características tradicionais da *common law* são muito diferentes das da família de direito romano-germânica. A *common law* foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra do direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.¹²

Da mesma maneira que ocorreu com o sistema da *civil law*, a *common law* fora marcada e influenciada por momentos históricos:

A *common law* está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares serem submetidas aos tribunais da *common law* na medida em que pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino.¹³

Desta forma, o costume foi sendo construído com o tempo, de forma que o poder real, sempre como “última e suprema instância” intervia e decidia a lide, impondo a sua decisão.

Essa prática é confirmada por Rogério Porto:

¹² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19.

¹³ DAVID, 1996, loc. cit.

O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da *common law*, abrindo espaço para o surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da *common law*, sentida no século XIII, surge sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor). Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento desta jurisdição paralela a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através de pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.¹⁴

Luiz Guilherme Marinoni afirma que o magistrado teve uma relevante participação na construção do *common law*, tendo em vista que era ele que firmava o *common law* se sobrepondo ao poder legislativo, o qual acabava atuando de forma a complementar o judiciário.¹⁵

Conforme afirma Fernanda Néri Rosa, nos Estados Unidos o *common law* vigora oficialmente desde 1608 e, ainda que tenha adotado a *common law*, dada a influência britânica pouco tempo após a declaração de sua independência, possui um direito marcado pela Constituição positivada (1788), o qual fora reforçado pela criação do controle judicial de constitucionalidade.¹⁶

Tendo em vista a preocupação em assegurar a segurança jurídica do ordenamento jurídico, por meio de promover uma coesão jurisprudencial, influenciado pelas origens do sistema, o sistema de precedentes judiciais, ia se amoldando e nascendo.

No que tange ao nascimento propriamente dito do sistema de precedentes judiciais Fernanda Néri Rosa em seu estudo narra:

Desta maneira, a teoria dos precedentes propriamente dita surgiu na Inglaterra, no início do século XIX, ocasião em que a Câmara dos Lordes inglesa reconheceu a eficácia vertical e vinculante do precedente, ou seja, a partir do julgado proferido, procedia-se ao seu registro, que por sua vez era

¹⁴ PORTO, Sergio. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em: 28/04/2017.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

¹⁶ ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado**. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Uberlândia, 2016. Acesso em: 28/04/2017.

publicado em coletâneas (*chamadas reports*) e passava, a ter força obrigatória, ou regras de precedentes (*rules of precedentes*).¹⁷

Vislumbra-se que, diferentemente da *civil law*, a *common law* adotou um método diverso para conquistar a segurança jurídica e a isonomia em seu sistema. A *common law* fundou-se na ideia de tornar vinculante a aplicação das decisões tomadas em casos anteriores nos casos futuros, aos quais, deviam possuir uma compatibilidade.

O meio utilizado para formar um sistema sólido, ao que parece, resultou em sucesso. Tanto que está sendo importado por outros sistemas, como é o caso do Brasil que, com o atual Código de Processo Civil, implementou esse sistema, buscando tornar nosso ordenamento mais célere, juridicamente seguro e igualitário.

2.3 Os Instrumentos de Otimização da Jurisdição

O ordenamento jurídico sempre se preocupou em estabelecer resoluções semelhantes aos casos que possuem determinada compatibilidade das condições da ação, ou seja, nas lides em que se trata de determinada questão, há uma tendência em se decidir da mesma maneira para todos esses casos.

Esse ideal se estabeleceu em razão do princípio da segurança jurídica, o qual procura promover uma relação de confiança entre o jurisdicionado e o poder público, tendo como base a estabilidade e a previsibilidade. Desde então, há essa necessidade de concretizar essa norma de extrema relevância para todo e qualquer sistema jurídico.

Neste sentido afirma Humberto Dalla e Roberto Aragão:

Quanto à segurança jurídica, é evidente que um sistema ideal deve proporcionar aos jurisdicionados uma mínima margem de segurança da decisão a ser prolatada, já que a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica são elementos do estado de Direito.¹⁸

A respeito da segurança jurídica Luiz Guilherme Marinoni entende que:

¹⁷ ROSA, 2016, loc. cit.

¹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Rodrigues, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 417.

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e suas ações.¹⁹

Vislumbra-se que a norma jurídica é de extrema relevância, sendo considerada um pilar da estrutura do ordenamento jurídico, o qual, se ausente, pode transformar nosso sistema em uma anarquia, tendo em vista o respeito que este impõe, de modo geral, a tudo o que está envolvido com o direito. Inclusive, o poder judiciário enquanto órgão interpretativo da lei, se houver variação injustificada de suas interpretações, conseqüentemente, acabará por violar a paz social pretendida pelo sistema jurídico.²⁰

Evidente que a *civil law* buscou na lei uma forma de tratar igualmente as lides, ou seja, através da lei, que previa diversas situações e as conseqüências quando ocorridas, implementar um tratamento paritário. E por outro lado, a *common law*, adotou os precedentes judiciais, como meio de atingir a segurança jurídica e isonomia eficaz.

Entretanto, o sistema jurídico brasileiro possui não só como fonte do direito, mas também como instrumento de otimização do direito as súmulas, enunciados, jurisprudências e outros, cuja finalidade é promover decisões idênticas para casos idênticos.

Observa-se que essa preocupação em promover a segurança jurídica implica na concretização do princípio da isonomia, tendo em vista que a previsibilidade e a estabilidade indicam a solução que será dada em casos sobre determinado assunto e, assim, cria-se a igualdade nas decisões.

Assim, Humberto Dalla e Roberto Aragão entendem que:

Como manifestação da segurança jurídica, a estabilidade deve ser compreendida como elemento de continuidade, destinado a assegurar aos cidadãos determinada potencialidade e eficácia do ordenamento. A previsibilidade, por sua vez, revela-se em assegurar que o sujeito possa antever as conseqüências jurídicas de determinada conduta que venha adotar, bem como tutelar a sua confiança na função estatal da jurisdição.²¹

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Rodrigues, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 416.

²¹ PINHO, 2016, loc. cit.

Por exemplo, a súmula é a explanação de um entendimento sobre determinado assunto proferido por um Tribunal que, ao criá-la, está previamente indicando ao jurisdicionado a solução que ele aplica nos casos que a súmula versa. O mesmo ocorre com enunciados emitidos pelos Tribunais: eles acabam indicando a possível solução, que será semelhante em todos os casos sobre determinada questão.

Além das fontes do direito já mencionadas, o Código de Processo Civil, inovou quando se trata em buscar soluções idênticas para lides semelhantes, é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mais conhecido como IRDR e o Sistema de Precedentes Judiciais, que são dois institutos revolucionários que buscam uma melhor concretização da segurança jurídica e da igualdade, tendo em vista a possibilidade de vinculação desses institutos.

No que tange aos precedentes judiciais, Fredie Didier afirma que:

O respeito aos precedentes judiciais garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.²²

Nota-se que, para Didier, a implementação dos precedentes judiciais em nosso sistema, tão somente será “praticada” como já ocorre com a jurisprudência, ou seja, percebe-se que, na visão dele, não haverá grandes mudanças quanto ao aprimoramento desta norma jurídica.

Ademais, ainda que seja cedo para afirmar, tendo em vista que não se sabe ao certo como será adequado em nosso ordenamento jurídico, há uma considerável expectativa de que a aplicação desse instituto reforçará ideais e pilares de nosso sistema.

Observa-se a grande importância que o nosso ordenamento jurídico agrega às decisões semelhantes, inclusive com um olhar voltado para a Constituição Federal, tendo em vista a previsão desses princípios normativos na Carta Magna.

²² DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA de, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. Ed. – Salvador. Editora Jus Podivm, 2016, p. 483.

Inclusive, o Código de Processo Civil se preocupou em estabelecer instrumentos mais eficazes para a concretização dos ideais constitucionais.

Entretanto, há uma severa crítica quanto a *civil law*, no sentido de que utilizar a lei como principal fonte de aplicação do direito não é correto, tendo em vista que, da lei, é possível extrair inúmeras interpretações, o que gera, na prática, conclusões diversas para casos semelhantes. Ou seja, cria-se uma insegurança jurídica.

Esse é o pensamento explanado por Fernanda Néri Rosa:

O equívoco da *civil law* foi iludir-se com a segurança jurídica baseada tão-somente na lei. A lei é norma abstrata e geral e sua aplicação depende da interpretação jurídica. A insegurança se estabelece na medida em que os interpretes da norma têm visões, posicionamentos e formações distintas uns dos outros, possibilitando um sem número de entendimentos possíveis para o mesmo texto legal, o que invariavelmente gerará decisões em diversos sentidos e por vezes contraditórias entre si.²³

No mesmo sentido entende Elpídio Donizetti:

Os adeptos do sistema *Civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal. Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.²⁴

Entretanto, é preciso ter em mente que, ainda que a lei seja abstrata e geral podendo-se extrair destas diversas interpretações, o ordenamento jurídico brasileiro possui instrumentos que influenciam a aplicação de soluções semelhantes aos casos compatíveis entre si.

Evidente que não é extremamente eficaz, diante do atual cenário, porém, vale mencionar e considerar que há uma busca para aprimorar e efetivar a segurança jurídica e isonomia. Sendo assim, é possível considerar que o artigo 927

²³ ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado.** Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Uberlândia, 2016. Acesso em: 28/04/2017.

²⁴ DONIZETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 28/04/2017.

do Código de Processo Civil brasileiro, é uma tentativa de, não só aprimorar o sistema jurídico, bem como de concretizar normas essencialmente relevantes para o bom direito.

No mais, vale ressaltar que dentre as essenciais diferenças entre os sistemas, vale enfatizar que estes utilizam-se de técnicas semelhantes para a aplicação do direito, fato este explanado por Claudia Cimardi:

A atividade do juiz, no *common law*, impõe que seja verificada a semelhança entre o caso já decidido e o caso a ser julgado, sendo, portanto, inevitável a realização da atividade de interpretação da decisão anterior. Assim como no civil law, também no common law, a interpretação é atividade inerente à aplicação do direito, e está presente na sistemática dos precedentes vinculantes. Enquanto no civil law o objeto a ser interpretado é o texto normativo, no common law a interpretação se volta para o texto de decisões já proferidas, que podem, ou não, ser consideradas como precedentes a serem tomados como regra vinculante para o julgamento do caso subsequente.²⁵

Pois bem, os sistemas jurídicos, ainda que diversos e que adotem técnicas divergentes para a aplicação do direito, possuem semelhanças, seja no sentido de possuir finalidades convergentes, bem como, na possibilidade de conterem institutos semelhantes para a aplicação do direito sendo o maior exemplo disso o sistema de precedentes judiciais, importado da common law.

²⁵ CIMARDI, Claudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no NCPD**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

3 PRECEDENTE JUDICIAL SEGUNDO A *COMMON LAW*

Para que o sistema de precedentes judiciais seja aplicado da maneira correta e produza os efeitos esperados pelo legislador ao introduzi-lo em nosso ordenamento jurídico, é necessário saber e entender o que é o precedente judicial sob a perspectiva do sistema jurídico em que ele foi criado.

Assim, na *common law*, o precedente judicial se transforma como tal, quando uma decisão já proferida, torna-se base para a resolução de outra lide ainda não solucionada. Sua aplicação pode ser meramente persuasiva, como também pode ser vinculativa.

Luiz Guilherme Marinoni explica que todo precedente judicial é uma decisão, entretanto, nem toda decisão é um precedente, inclusive, o precedente configura-se da decisão sobre a matéria de direito e não uma matéria de fato.²⁶

Nunes e Horta entendem que “a ideia central do precedente é a de que as lições do passado podem ser aplicadas ao presente, como um romance em cadeia (segundo Dworkin) e ele consiste, em essência, em decisão anterior que funciona como um modelo para decisões posteriores”.²⁷ Ou seja, a decisão anteriormente proferida, servirá de alicerce e parâmetro para os futuros casos.

Ademais, Marinoni leciona que:

Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.²⁸

Vislumbra-se que o precedente judicial possui peculiaridades relevantes. Assim, o precedente não é uma simples decisão e, para ser um precedente judicial essa decisão precisa veicular matéria de direito que afronte e prevaleça sobre os principais argumentos acerca da lide.

Conforme Tucci afirma, “o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 215.

²⁷ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Precedentes? Significados e possibilidade de aplicação "self service"**. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>>. Acesso em: 28 ago. 2015. S/P

²⁸ MARINONI, op. cit., p. 216.

casos análogos”²⁹. É o embate aos principais argumentos que envolvem a lide que indicarão o destino da decisão.

Sendo assim, em se tratando de precedentes judiciais, temos, agora, a ideia de que ele é mais do que a tradição em seguir determinada decisão à respeito de uma lide específica.

Ademais, Tucci afirma que “o aspecto que caracteriza a regra do precedente, nesse particular, é seu cunho fortemente coercitivo. Esse princípio jurídico é denominado *stare decisis*, significando que a anterior decisão cria direito”³⁰.

Outrossim, ressalta-se que, o precedente judicial é aplicado para auxiliar ou até mesmo solucionar uma lide, desde que, entre os litígios, exista compatibilidade física. Ou seja, é necessário que os litígios versem sobre um assunto semelhante.

À respeito dessa compatibilidade física, Sergio Gilberto Porto ilustra:

*Stare decisis*³¹ aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a ideia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.³²

Constata-se que existindo, entre o precedente e o litígio ainda sem solução, semelhança na causa de pedir e pedido, é possível a aplicação do precedente judicial como forma de solucionar a lide.

Nota-se, ainda, que há uma preocupação entre os sistemas jurídicos de apresentar soluções, no mínimo, similares para os casos análogos. Isso em

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte de direito**. Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 11.

³⁰ TUCCI, op. cit., p. 12.

³¹ O *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. (DONIZETTI, Elpidio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 20/07/2017.

³² PORTO, Sergio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o precedente Judicial**. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em: 28/04/2017.

razão da necessidade de promover segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados.

No mais, diante da premissa de que precedente judicial é diferente de jurisprudência, uma vez que esta é a forma concordante em que os órgãos judiciários se pronunciam para resolver casos similares e assim pressupõe uma pluralidade de decisões proferidas em inúmeros casos concretos³³, possuindo assim, um caráter quantitativo, enquanto que o precedente judicial, por sua vez, de forma singela, é a transformação de uma decisão em regra, a partir de sua vinculação aos demais casos não solucionados.

Assim sendo, vislumbra-se que há no precedente judicial capacidade de formar a jurisprudência, por ser apto a nortear as decisões dos casos futuros, no sentido que essas futuras decisões sigam uma determinada orientação, para que, assim, possam conter um maior nível de similitude.

A infinita busca pela concretização de normas jurídicas constitucionais, revela-se extrema, e, analisando o sistema de precedentes judiciais, nota-se que este possui quase que única, a finalidade de estabelecer o direito, ou melhor, garantir igualdade.

3.1.1 *Ratio decidendi*

O precedente judicial é constituído de dois elementos, que determinam as matérias relevantes e as menos relevantes no caso em concreto, indicando assim, o que irá ser vinculado. Neste ponto, insta mencionar o primeiro elemento que o integra, considerado importantíssimo, pois, é à partir de sua identificação que o precedente se torna precedente. Esse primeiro elemento é a *ratio decidendi*.

Sua importância é tamanha que de acordo com Lenio Luiz Streck “em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”³⁴, ou seja, a *ratio decidendi* é o núcleo do precedente judicial.

Em consonância com Lenio, Elpidio Donizetti destaca que:

³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 408.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 46.

É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.³⁵

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma:

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria a específica decisão. O motivo determinante, assim, é o motivo que considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Esse motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constituiu a *ratio decidendi*.³⁶

Nota-se que a *ratio decidendi* é tão importante, que, conforme Fredie Didier, o precedente judicial pode ser definido até mesmo como sendo a própria *ratio*.³⁷

Arthur Lehman Goodhart, é criador de um método para identificação da *ratio decidendi*. Para o estudioso, é preciso que se determine os fatos do caso como vistos pelo juiz, para que depois, aponte quais dos fatos foram considerados como materiais ou fundamentais para decidir.³⁸

Entretanto, a identificação dos fatos materiais e imateriais, geralmente, não é realizada com facilidade, conforme Marinoni explica, Goodhart criou alguns testes para diferenciar os fatos. Desta forma, entendeu que fatos ligados ao tempo, lugar, gênero e quantidade são presumidos como imateriais, salvo se forem declarados como materiais³⁹.

Em contrapartida, há o teste de Wambaugh, pelo qual a “*ratio decidendi*” é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra

³⁵ DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 28/04/2017

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 292.

³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 455.

³⁸ MARINONI, op. cit., p. 225.

³⁹ MARINONI, op. cit., p. 227.

forma”⁴⁰. Assim, de acordo com esse teste, apenas constitui a *ratio* os fatos que, sem eles, o caso teria outra solução.

Inclusive, Marinoni esclarece uma falha no teste de Wambaugh, no seguinte trecho:

A principal razão para tanto advém da situação de que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução.⁴¹

Em que pese, esses métodos foram criados a luz da *Common Law*, e, embora ainda exista divergências acerca da configuração de *ratio decidendi*, é possível extrair que a *ratio* compõe os eventos mais importantes para a composição da solução da lide.

Sobretudo, é importante atentar-se que a construção dos fundamentos que decidiram a lide, colocando fim a mesma, é feita para a sociedade e, não só para o caso concreto, uma vez que os fundamentos ali formulados, posteriormente, farão parte da *ratio decidendi*, incidindo em outros casos análogos, principalmente quando trata-se de precedente, cuja eficácia é vinculante.

Contudo, vislumbra-se que a *ratio decidendi* é constituída pela matéria considerada imprescindível para a resolução daquela lide, sem a qual, o desfecho do caso tomaria outro rumo. Inclusive, é a *ratio decidendi* que vincula na decisão judicial.

Assim, é possível adotar na Civil Law a ideia de que o que vinculará, no precedente judicial, serão os fatos mais importantes, tendo em vista a necessária compatibilidade física e a tese que afronta todos os argumentos do caso, prevalecendo sobre esses, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar dos fatos determinantes.

⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 224.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010. Pág. 224.

3.1.2 *Obiter dictum*

O segundo elemento que constitui o precedente judicial é a *obiter dictum*. Um componente que não tem tamanha relevância quando comparado com a *ratio decidendi*, porém, a sua identificação é necessária.

Diante do exposto a respeito da *ratio decidendi*, vislumbra-se, por óbvio, que a *obiter dictum* é integrada de todos os fatos e teses que não foram imprescindíveis para o desfecho da lide.

Neste viés, de acordo com o método de Goodarht, pode-se afirmar que a *obiter dictum* são todos os fatos imateriais, como aqueles que dizem respeito a tempo, lugar, gênero e quantidade e, conforme o estudioso entende, esses são presumivelmente imateriais, salvo quando o juiz declara-los como materiais.

Assim, em relação ao teste de Wambaugh, a *obiter dictum*, compreende aos fatos que, a sua ausência, não mudaria a conclusão da lide. Observa-se que esses são irrelevantes, isto é, incorporam uma categoria secundária, a qual, pode ou não estar presente no caso futuro a ser solucionado.

Ainda, nas palavras de Ataíde Junior:

Obiter dicta constituem-se nas proposições constantes da decisão que não são necessárias ao resultado do caso ou da questão, geralmente. São relativas às relações que nenhuma das partes arguiu, às declarações sobre fatos hipotéticos, bem como às questões que o julgado não está realmente decidindo ⁴²

Percebe-se que a *obiter dictum* possui forte ligação com a *ratio decidendi*, pois, aquilo que não integra a *ratio*, compõe a *obiter dictum*. Inclusive, ressalta-se que, essa compreensão pode divergir, tendo em vista a teoria adotada para divisão dos elementos que constituem o precedente judicial.

Ademais, Michele Taruffo, afirma que a *obiter dictum* não possui nenhuma eficácia e dessa forma, não pode ser invocada como precedente, uma vez

⁴² ATAÍDER JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O precedente judicial e sua eficácia vinculante no sistema processual brasileiro**. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf Acesso em: 20/07/2017.

que ela não condiciona a decisão do caso anterior, e em razão disso, não pode ser aplicado em casos futuros⁴³.

Desta forma, a *obiter dictum*, revela-se como sendo a matéria que compõe a lide, porém, que não agrega ao conteúdo imprescindível para solução. Ainda, configura-se na matéria de fato e direito que não constitui a *ratio decidendi*.

Nesta toada, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada, são inegavelmente, *obiter dicta*. O mesmo se passa em relação aos fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez.⁴⁴

No entanto, é preciso atentar a hipótese de um fato considerado como *obiter dictum*, pode transformar-se em *ratio decidendi*. Essa situação é possível, no caso de um recurso, assim, se na sentença determinado fato ou tese tenha sido considerado irrelevante diante de outra questão de solucionou o caso e no acordo esse fato ou tese ganhou destaque, dando um desfecho para a lide, vislumbra-se a inversão dos elementos.

Isto posto, é necessário ter em mente que, a *obiter dictum*, é relevante para o processo, tendo em vista que, é totalmente plausível que, posteriormente, em um recurso, tenha uma nova interpretação do caso, e considere –a como imprescindível para a resolução da lide, e assim, se torne *ratio decidendi*.

3.2 Precedente Judicial Segundo a *Civil Law*

A importação do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro gerou certa inquietação por parte dos operadores do direito por diversas questões, inclusive, ao “conceito” atribuído a alguns fenômenos do processo civil como sendo precedente judicial. Diante disso, se justifica uma breve análise dessa diversificação aplicada ao conceito de precedente judicial.

⁴³ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civillistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Data de acesso: 30/08/17

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 279.

Neste ponto, insta salientar que a adoção do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro não significa que estamos migrando para o sistema da common law. Nesse sentido aponta Eduardo Cambi e Renê F. Hellmann:

Apesar de sofrer influências do common law, o fato de o Brasil passar a preocupar-se com a estruturação de um sistema de precedentes, não significa que deixará de enquadrar-se no sistema do civil law, notadamente porque o legislador, ao instituir esse novo sistema por meio da lei, incide que o primeiro norte principiológico a ser observado é o da legalidade.⁴⁵

Diante do exposto, vislumbra-se que a pretensão do legislador é prestigiar os pronunciamentos judiciais, de forma que, os magistrados realizem esses atos com a necessária consciência de que ele estará decidindo, não só para o caso em questão, como também para a sociedade como um todo. Isso em razão de que a sua decisão poderá influenciar os demais magistrados, bem como os jurisdicionados farão uso dessa decisão, tomando como parâmetro para alcançar suas pretensões.

Assim, tendo como fundamento a necessidade de valorizar a jurisprudência – em sentido amplo – diante do atual cenário jurídico brasileiro, que revela a insegurança jurídica e a evidente desigualdade nos pronunciamentos judiciais acerca de conflitos idênticos ou semelhantes, é que se buscou um meio de aprimorar os princípios constitucionais basilares do nosso ordenamento.

Dessa forma, o legislador brasileiro previu um rol de pronunciamentos judiciais que devem ser analisados – há quem diga, que seja de forma hierárquica – pelos magistrados, antes de proferirem suas sentenças.

O dispositivo que elenca esse rol de pronunciamentos a serem observados é o artigo 927 do atual Código de Processo Civil. Em relação a este rol, existem entendimentos de que os pronunciamentos ali elencados receberam status de precedentes judiciais, porém, essa é uma das questões a serem resolvidas acerca dessa novidade.

Se afirmarmos que os institutos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil são precedentes judiciais, nos deparamos com uma essencial

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015. Pág. 418.

divergência, uma vez que na *Common Law* a elaboração dos precedentes judiciais possuem um viés diverso do adotado no Brasil, conforme leciona Humberto Dalla e Roberto de Aragão:

A caracterização de uma decisão como precedente judicial nos ordenamentos filiados a *common law*, pressupõe que a regra para o caso concreto tenha sido construída pelo Poder Judiciário em estrita observância às circunstâncias fáticas do caso.⁴⁶

E, assim sendo, Humberto Dalla e Roberto de Aragão, entendem que ocorreu uma aproximação ao sistema de precedentes judiciais vigente na Itália, em que o precedente se forma a partir de uma máxima ou ementa de poucas linhas que enuncia uma regra em termos gerais e abstratos.⁴⁷ Isso em razão de que os pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927 do CPC são produzidos da análise de casos concretos, porém, estruturados em linhas genéricas, possibilitando maior abrangência de sua aplicação.

Inclusive, ao considerar que os precedentes judiciais brasileiros estão elencados no disposto acima mencionado, observa-se que os precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico já estão prontos, e grande parte deles já existem, o que precisa, agora, é incorporar o respeito a esses pronunciamentos, pois, tendo como pressuposto que sua criação se deu para proporcionar a segurança jurídica e a isonomia, basta agora segui-los, promovendo a devida função que lhe é atribuída.

Porém, é necessário explanar que há autores que indiquem que é preciso realizar uma diferenciação entre precedentes e súmulas, uma vez que um não é sinônimo do outro, ou vice-versa. E, de acordo com Eduardo Cambi e Renê F. Hellmann, ao analisar o art. 924 do projeto do Código de Processo Civil, atual artigo 926, o §2º do respectivo dispositivo faz referência a diferenciação conceitual de súmula e precedente, ao proibir a criação de enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivam a sua criação.⁴⁸

⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC.** Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 411.

⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC.** Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 412.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil.** Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 418.

Nesse diapasão, se considerar que o precedente judicial adotado pelo legislador brasileiro é o mesmo da Common Law, estaríamos dizendo que o rol elencado no artigo 927 não possui *status* de precedente judicial.

Em contrapartida, Ravi Peixoto⁴⁹ afirma que o rol do artigo 927 do CPC deve ser visto como exemplificativo, e não como exaustivo, em consonância com o entendimento de Lucas Buril⁵⁰, bem como Luiz Guilherme Marinoni, que, inclusive, afirma que é evidente que a eficácia obrigatória está nos precedentes das Cortes Supremas e, que por óbvio, podem derivar de recursos repetitivos ou não⁵¹. O que demonstra um conceito misto do que é precedente judicial, ou seja, além do rol do art. 927 do CPC, também as decisões utilizadas para solução de outra lide – leia-se sob o conceito clássico na common law – seriam precedentes judiciais.

Contudo, ainda não há posicionamento majoritário acerca dessa questão definindo ou indicando o que é o precedente judicial no Brasil. Assim, no presente estudo, como a finalidade é desvendar as consequências da eficácia obrigatória do precedente judicial, será utilizado o conceito amplo e misto, ou seja, tanto o precedente puro – da common law – como os pronunciamentos judiciais elencados no rol do art. 927 do Código de Processo Civil.

⁴⁹ PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (Distinguishing) e da distinção inconsciente (inconsistente Distinguishing)**. Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp.331-355, out. 2015, p. 338.

⁵⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 387.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e a decisão do recurso diante do novo CPC**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015, p. 24.

4 SISTEMA DE VINCULAÇÃO

Na *common law*, especificadamente no direito inglês, foi criado um sistema para vinculação do precedente judicial, o *stare decisis*. Cruz e Tucci afirma que trata-se da moderna teoria *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido⁵².

Ocorre que o efeito vinculante não era uma regra, conforme afirma Délio Mota:

Esse efeito vinculante dos precedentes judiciais, previsto na teoria do *stare decisis*, nem sempre esteve presente na tradição do *common law*. Até o final do século XIX, os juízes, ao julgarem os casos concretos, observavam os precedentes judiciais em razão da preocupação com a segurança jurídica e da ausência de interpretação distinta acerca de determinada norma jurídica. Todavia, não existia obrigatoriedade de seguir o precedente, em decorrência de eventual autoridade desses, o que ocorria era apenas o costume de segui-los, sem qualquer for vinculante.

No direito inglês, a força vinculante do precedente judicial somente foi institucionalizada em 1898, no julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltda c. London County Council*, em que a *House of Lords* reconheceu a obrigação dos juízes de seguir os precedentes.⁵³

Tendo em vista o explanado, observa-se que faz parte da natureza do poder judiciário, estruturado sob a égide da *Common Law*, preocupar-se com a segurança jurídica, buscando solucionar a lide da maneira que já se vem julgando, tanto que a observação obrigatória dos precedentes adveio posteriormente, e sua determinação, não se mostrou revolucionária, pois, já era uma prática realizada pelos juízes.

Elpidio Donizetti conceitua a teoria do *stare decisis* como:

O *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde a norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior.⁵⁴

⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial Como Fonte Do Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

⁵³ OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270. Ano 42. P. 313 – 351. São Paulo: Ed. RT, agosto, 2017, p. 316.

⁵⁴ DONIZETTI, Elpidio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 28/04/2017.

Assim, o *stare decisis* concede ao precedente judicial *status* de norma, inclusive criada por uma decisão judicial. Condição diversa do sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que o poder de criação de norma, é exclusivo do poder legislativo, competindo ao poder judiciário, apenas o poder de aplicar a lei e de interpreta-la.

Entretanto, Elpídio Donizetti, entende que no Brasil, há vigência do *stare decisis*, ainda que de forma mitigada, pois, “além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria construtiva criadora do direito), os juízes inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória)”⁵⁵.

Nesse mesmo sentido, entende Lucas Buril de Macêdo, ao afirmar que: “de fato, ninguém duvida, hoje, que o STF ou o STJ criam Direito”⁵⁶. Contudo, o autor esclarece que a criação dessas normas, por parte do judiciário, não pode ser permitida, se for realizada de forma desordenada e ilimitada; e, desse modo, é necessário que sejam impostas regras, para que a criação dessas normas seja realizada garantindo racionalidade. Inclusive, o respeito aos precedentes possui grande influência nessa criação responsabilizada.⁵⁷

Nesse mesmo sentido aponta Hermes Zanetti Jr. no seguinte trecho:

(...) retirar dos juízes a possibilidade de interpretar a lei é caminho que não deve ser seguido, mas assumir que a atividade interpretativa do Judiciário é controlável se aos juízes e tribunais for atribuída a devida responsabilidade quanto aos resultados da interpretação, vinculando-os aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.⁵⁸

No que tange a afirmação de que os Tribunais criam normas, esta não deveria ser uma realidade, tendo em vista a separação dos poderes, em que aos juízes não foi concedido o poder de criação de normas, e sim de interpreta-las.

⁵⁵ DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 28/04/2017

⁵⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 374.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 375.

⁵⁸ ZANETTI JR, Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Revista dos Tribunais, vol. 257. Ano 41. P. 371 – 388. São Paulo: Ed RT, jul, 2016, p. 384.

Contudo, diante das lacunas legislativas é que se justifica a audácia do Poder Judiciário na criação de normas, frente as necessidades cotidianas enfrentadas, as quais não podem esperar. Portanto, não se pode deixar de lado a existência das demais fontes do direito, que foram criadas justamente para serem aplicadas nos casos em que a lei não for suficiente para solucionar a lide.

Sendo assim, retornamos ao entendimento de Lucas Buril⁵⁹, em que, já que existe a criação de normas por parte do poder judiciário, essa criação deve ser limitada e regrada. A obrigatoriedade dos Tribunais observarem os precedentes judiciais vinculantes, possui significativa influência nessa limitação da criação de normas, sob a perspectiva de racionalização da mesma.

Todavia, a primordial função do Poder Judiciário é de interpretar a lei e aplicá-la da maneira que entender ser mais justo e adequado. E, somente, diante da omissão da lei é que se permite que o magistrado busque recursos para solucionar a lide e, em meio a esses recursos é que nos deparamos com a jurisprudência, precedentes e costumes.

Em que pese o *stare decisis* seja visto majoritariamente de forma positiva, existem posicionamentos de que há a retirada do poder de decisão que o operador de direito possui, bem como, em um possível engessamento do direito. Isso não significa que o magistrado pode decidir sem limites, mas no sentido de que, dentro de seus limites, ele não possa decidir da maneira que interpretar ser justo e de acordo com o direito.

Neste ponto, insta mencionar que existem as técnicas de superação do precedente judicial, as quais, possibilitam que o magistrado, ou até mesmo o operador do direito, demonstre os motivos que tornam o precedente judicial inaplicável em um determinado caso, de acordo com as peculiaridades de cada instituto.

No ordenamento jurídico brasileiro não existe previsão expressa de que o *stare decisis* foi adotado, portanto, há quem diga que existe a aplicação desse instituto, ainda que de forma mitigada, conforme entende Elpidio Donizetti.⁶⁰

⁵⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 374/375.

⁶⁰ DONIZETTI, Elpidio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

Inclusive, tendo em vista que o *stare decisis* pressupõe a obrigação dos tribunais em observar os precedentes, e, o artigo 927 do atual Código de Processo Civil utiliza exatamente a expressão “os juízes e tribunais observarão”, impondo um dever a estes, há um indício, ainda que ínfimo, de que o *stare decisis* pode ter sido adotado.

Outrossim, a eficácia vinculante atribuída aos precedentes judiciais, foi adotada pelo atual código de processo civil, isso não só em razão do dispositivo legal como, também, em razão da preocupação do legislador em aprimorar a jurisprudência como um todo, pois não teria sentido em determinar o dever de observar os pronunciamentos do rol do art. 927 do CPC, sem que a existência deles não implicassem em aplicação obrigatória.

Neste ponto, nota-se a aproximação dos “precedentes judiciais brasileiros” com o *stare decisis*, ou seja, a necessidade de respeitar os precedentes judiciais cuja eficácia é vinculante.

Assim sendo, observa-se a vantagem dessa teoria – *stare decisis*, pois, através dela, é possível fortificar a segurança jurídica, inclusive, a igualdade nas decisões e, de acordo com Lucas Buril, “o respeito aos precedentes judiciais é forma relevantíssima de garantir segurança jurídica, igualdade e eficiência jurisdicional”⁶¹. Diante do ponto de vista que o poder judiciário é apenas um, e há uma necessária tendência de responder de maneira idêntica, ou no mínimo, semelhante.

Vislumbra-se a capacidade do precedente judicial, em razão de sua vinculação, de nortear o poder judiciário, a seguirem um sistema de decisões semelhantes para casos análogos, sem limitar o poder do magistrado, diante da possibilidade de invocar as técnicas de superação do precedente judicial.

O que se busca, com o Código de Processo Civil de 2015, é diminuir a insegurança jurídica presente no atual cenário, bem como a desigualdade nas decisões sobre casos análogos, que são proferidas com habitualidade, inclusive, acerca de casos com matérias de repercussão.

Por fim, o atual código de processo civil introduziu em nosso ordenamento o sistema de precedentes judiciais, os quais, podem ter eficácia

<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 28/04/2017.

⁶¹ MACÉDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 375.

vinculante ou persuasiva, e, assim sendo, passa-se ao estudo das referidas eficácias.

4.1 Eficácia Persuasiva

Neste viés, cumpre explicar a eficácia persuasiva do precedente judicial, a qual é inerente a qualquer precedente, ou seja, não importa o precedente judicial, ele terá sua influência persuasiva. Neste sentido, entende Fredie Didier ao afirmar que “é a eficácia mínima de todo precedente”⁶².

Essa eficácia não gera polêmicas quando comparada com a vinculante, pois, quando o precedente possui apenas essa espécie de eficácia, significa dizer que o precedente poderá ser utilizado para influenciar na decisão do magistrado, ou ainda, explicar os motivos de decidir de determinada maneira.

Nota-se que esse efeito indica uma ideia de auxílio, tanto para a parte que invocou o precedente, como para o juiz, quando o aplica em uma decisão, realizando uma comparação ao caso passado, já julgado. O precedente judicial cuja eficácia a ele atribuída é a persuasiva, possui consigo o poder de influência sobre os órgãos inferiores.

A sua aplicação é facultativa, portanto, segundo Cruz e Tucci a aplicação deste “é indicio de uma solução racional e socialmente adequada”⁶³ para a resolução do litígio a ser julgado. Inclusive Antônio Pereira Gaio Junior, reforça ao entender que a aplicação do precedente persuasivo “significa que está convencido de que o mesmo ali se aplica, estando certo, portanto, de sua significativa aplicabilidade ao caso em questão”⁶⁴.

Ademais, Gaio, entende que o grau de convencimento deste precedente persuasivo está relacionado com alguns fatores:

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 521.

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

⁶⁴ JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. Vol. 257. São Paulo: Ed. RT, 2016.

Insta destacar que o grau de convencimento de um precedente persuasivo, além de seu acerto ao caso concreto, depende de vários outros fatores, tais como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do Juiz condutor da decisão, a data da decisão, se for unânime ou não, a boa fundamentação, dentre outros.⁶⁵

Ora, todos esses fatores levantados são relevantes, na medida em que o magistrado ao aplicá-lo observará esses detalhes podendo possuir a finalidade de manter-se em consonância com os demais órgãos, inclusive, até mesmo de evitar que tenha sua decisão reformada, caso seja objeto de posterior recurso.

Contudo, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a eficácia persuasiva advém dos Tribunais Superiores em face dos inferiores. Assim, cabe também ao tribunal observar os precedentes dos tribunais superiores a ele. Sendo que sua adoção ou rejeição não pode ser realizada sem manifestação referente a postura tomada pelo juiz, ou seja, é necessário que seja fundamentada a decisão de ter rejeitado ou não um precedente judicial. Inclusive, Marinoni entende que a ausência de fundamentação acarreta a nulidade da decisão.⁶⁶

Evidente que as partes podem invocar esses precedentes persuasivos na tentativa de influenciar a decisão do magistrado, pois não é só função do juiz ficar atento aos precedentes; os advogados devem manter-se atualizados, inclusive, utilizar os precedentes sempre que possível, uma vez que estes são valiosos instrumentos de auxílio a hermenêutica de casos concretos.⁶⁷

Em relação ao precedente judicial persuasivo Luiz Guilherme Marinoni conclui:

Registre-se, então, que a natureza persuasiva do precedente deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores.⁶⁸

⁶⁵ JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro.** Revista de Processo. Vol. 257. São Paulo: Ed. RT, 2016.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial.** Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTEPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx. Acesso em: 26/08/2017.

⁶⁸ MARINONI, op. cit., p. 119.

Sendo assim, a constatação dos precedentes persuasivos deve ser realizada de maneira vertical, ou seja, o tribunal inferior verificando os precedentes judiciais do tribunal superior, bem como o advogado também pode fazer menção à esses precedentes, devendo o magistrado considera-lo e fundamentar a respeito de sua aplicação no caso concreto ou não.

Ravi Peixoto acerca dos precedentes judiciais persuasivos entende:

A principal função do precedente persuasivo é a necessidade de consideração do precedente nos casos futuros e também a de criar um dever de fundamentação qualificando ao magistrado que opte pela não adoção da solução utilizada em caso anterior.⁶⁹

Frente ao entendimento de Ravi Peixoto, é possível observar a importância dos precedentes judiciais persuasivos, uma vez que sua aplicação, também colabora, e muito, para a concretização e aprimoramento dos ideais premeditados pelo legislador.

Afinal, é perceptível que a aplicação reiterada dos precedentes persuasivos por parte dos advogados, é capaz de levar a efetiva cultura do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico. Isso diante da postura relutante que os magistrados possuem de não tenderem a seguir outros colegiados. Nesse mesmo sentido afirma Luiz Guilherme Marinoni, ao mencionar que “no Brasil, os precedentes não vêm sequer sendo tidos como persuasivos”⁷⁰.

É necessário entender que o respeito aos precedentes, ainda que persuasivo, significa o respeito com a sociedade, com a Constituição Federal, no sentido de que a aplicação do sistema de precedentes judiciais promove a concretização de pilares do nosso ordenamento jurídico, a segurança jurídica e a isonomia.

⁶⁹ PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (Distinguishing) e da distinção inconsciente (inconsistente Distinguishing)**. Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 338.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

4.2 Eficácia Vinculante

No Brasil, a eficácia vinculante já se faz conhecida, tendo em vista a vigência da Emenda Constitucional nº45 de 2004, a qual introduziu em nosso ordenamento jurídico a súmula vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao mencionado Rosmar Rodrigues Alencar entende:

(...) cabe enfocar a influência do efeito vinculante nos países filiados à *civil law*, notadamente no Brasil. É uma constatação que vem tomando maior evidência, em especial com a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.⁷¹

Vislumbra-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui certo conhecimento e experiência com o efeito vinculante, porém, atribuído a súmula vinculante proferida, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, a qual necessita de especial procedimento para assim ingressar em nosso sistema.

Além disso, há no nosso ordenamento jurídico, no artigo 102 §2º da Constituição Federal⁷² a previsão do efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, ou seja, a obrigatoriedade de seguimento de determinadas decisões já existe no nosso ordenamento jurídico, o que nos revela a necessidade de amadurecimento da ideia.

Atualmente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 927, elencou um rol de pronunciamentos, os quais deverão ser observados pelos juízes e tribunais. De acordo com Murilo Stratz a expressão “observarão” presente no artigo 927 do atual código de processo civil, em consonância com renomados autores, indica sim que os juízes e tribunais estão obrigados a seguir os pronunciamentos elencados no rol do referido dispositivo legal.⁷³

O dispositivo legal atribui eficácia vinculante: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de

⁷¹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de. **Efeito Vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2009, p. 33.

⁷² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁷³ STRATZ, Murilo. **Aportes à desmistificação do art. 927 do novo Código de Processo Civil**. *Revista de Processo*. Vol. 269. Ano 42. P. 433-463. São Paulo. Ed. RT, julho, 2017, p. 440.

súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Nota-se que cada inciso trata de pronunciamentos do poder judiciário que envolvem matérias ou lides de repercussão geral, os quais interessam a um número significável de jurisdicionados.

Há uma preocupação do legislador em, através do poder judiciário, atingir o maior número de pessoas de maneira igual, isso quando tratar de questões que os jurisdicionados compartilhem determinada semelhança. Trata-se da concretização da isonomia. Assim, verifica-se um dos motivos de prever a implementação do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico.

Esse também é o entendimento de Claudia Cimardi:

Deve-se observar que, aos precedentes, foi atribuída significativa força pelo Código de Processo Civil de 2015 – assim como à jurisprudência uniforme – ante a absoluta necessidade de respeito à previsibilidade e à segurança jurídica do sistema jurídico, atentando-se, por conseguinte, aos princípios da isonomia, da legalidade e ao Estado Democrático de Direito.⁷⁴

Observa-se a necessidade de um sistema jurídico provedor de garantias constitucionais, sobretudo, a isonomia e a segurança jurídica, princípios norteadores do nosso direito. Assim, em razão da necessária observância do precedente por parte dos órgãos jurídicos, há uma tendência de que as soluções serão no mesmo sentido.

Contudo, a eficácia vinculante determina a aplicação obrigatória do precedente judicial pelo órgão subordinado na lide semelhante a ele. Ao contrário da eficácia persuasiva, o precedente judicial com eficácia vinculante comporta o poder de incidir sobre o litígio obrigatoriamente.

Essa espécie de eficácia não permite que o magistrado apenas invoque o precedente judicial observando a hierarquia vertical, bem como que o magistrado aplique o precedente quando achar justo ou necessário, devendo apenas fundamentar a sua decisão, não podendo desconsiderar o precedente

⁷⁴ CIMARDI, Claudia. **A jurisprudência uniforme e os Precedentes no NCPC**. São Paulo. 1º Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 75.

judicial persuasivo. Ao contrário, o precedente judicial vinculante incide sobre a lide sempre que houver compatibilidade entre o precedente e o litígio a ser julgado.

Assim, somente é possível afastar a aplicabilidade do precedente judicial com eficácia vinculante quando invocar as técnicas de superação, o *distinguishing* e o *overruling*, que são técnicas que permitem a exploração do precedente judicial no caso concreto, pelo qual o operador do direito pode indicar os motivos que justificam a inaplicabilidade do precedente judicial naquele caso.

Neste sentido entende Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que:

O sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, assim como proíbe o órgão jurisdicional de negar o que já decidiu. É claro que o fato de a decisão ser absolutamente vinculante não impede o juiz de fazer o *distinguished* do caso que lhe é submetido, ou seja, de evidenciar que a questão posta para julgamento é diferente ou que os fatos da causa que está para ser julgada tornam a questão de direito distinta da já decidida.⁷⁵

Por hora, é possível evidenciar que o magistrado fica atrelado, não só ao precedente, cuja eficácia é vinculante, em razão de ter sido produzido por órgão superior a ele, como também, quando ele mesmo produz um precedente judicial com eficácia vinculante. Assim, nota-se a existência de uma vinculação vertical e horizontal, aliás Fredie Didier aduz nesse sentido:

Demais disso, deve-se ter em vista que os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927, CPC, devem *vincular interna e externamente*, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados. Nesse sentido, o enunciado nº170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.⁷⁶

O sistema de precedentes judiciais possui potencial para promover garantias constitucionais de maneira vantajosa para nosso ordenamento. Porém, é preciso ter cautela quanto a aplicação dos precedentes judiciais e a utilização das técnicas de superação, tema que será abordado posteriormente.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 469.

Ao afirmar o potencial transformativo do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, significa dizer que há possibilidade de pacificar as divergências jurisprudenciais a partir do efeito vinculante atribuído as matérias de grande repercussão e importância.

5 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

Diante do pressuposto de que o sistema de precedentes judiciais, inclusive os que detém eficácia obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro por parte do atual Código de Processo Civil foi adotado, é evidente que sua aplicação gerará no sistema jurídico brasileiro variadas consequências, as quais serão explanadas a seguir.

Em relação aplicação do precedente judicial obrigatório, é preciso estudar algumas questões, as quais indicam a incidência do precedente judicial obrigatório em diversos momentos processuais. Sendo assim, passa-se ao estudo de algumas dessas questões.

5.1 Dever de Fundamentação em Face da (In)Aplicabilidade de Precedente Judicial Obrigatório

Conforme visto, o precedente judicial cuja eficácia é vinculante, incide na lide sempre que houver compatibilidade entre este e o caso a ser julgado, de forma que o magistrado fica limitado a decidir da maneira que o precedente o norteia. Contudo, a inaplicabilidade do precedente judicial vinculante é permitida, desde que, o magistrado se utilize das técnicas de superação do sistema de precedentes judiciais.

Tendo em vista que o poder judiciário deve ser considerado um poder democrático, bem como que seus atos são públicos, inclusive suas decisões podem ser controladas pelas partes, desde que devidamente fundamentadas⁷⁷ é que o atual Código de Processo Civil atentou-se a questão da fundamentação das decisões judiciais, inclusive, as que se referem aos precedentes judiciais obrigatórios.

Ressalta-se que o dever de fundamentação é outorgado pela Constituição Federal em seu artigo 93 inciso IX, e à violação do determinado, é imputado como sanção, a nulidade do pronunciamento judicial. Eduardo Cambi e Renê Hellmann elencam as funções essenciais que a motivação da decisão judicial cumpre:

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 428.

A motivação das decisões judiciais cumpre várias funções essenciais: (i) permitir aferir a imparcialidade do juiz; (ii) possibilita verificar a juridicidade e a legitimidade dos julgamentos; (iii) assegura às partes meios concretos para constatar que seus argumentos foram analisados pelo órgão judicial. (iv) evita o arbítrio judicial; (v) delimita o âmbito do *decisium*; (vi) torna possível que as partes inconformadas apresentem razões recursais, impugnando os fundamentos da decisão.⁷⁸

Neste viés, o atual Código de Processo Civil mostrou, mais uma vez, pertinência ao buscar aumentar o rigor no cumprimento de previsões constitucionais. Isso, em razão do disposto no artigo 489 §1º incisos V e VI do atual Código de Processo Civil, que trata de hipótese em que a decisão judicial será considerada sem fundamentação, ou seja, será considerada nula.

Nota-se que o Código de Processo Civil tratou com rigorosidade essa questão, uma vez que, caso o magistrado pratique alguma das hipóteses trazidas pelos incisos do referido dispositivo legal, terá sua decisão considerada nula. Dessa forma, evidencia-se que a adoção do sistema de precedentes judiciais é algo sério, e deve ser, sim, introduzido em nossa cultura com mais ênfase.

No mais, diante da cautela que o código de processo civil teve ao tratar da fundamentação, inclusive, em relação aos precedentes judiciais, prevê que são consideradas sem fundamentação e portanto nulas, as decisões que invoque precedente judicial, mas que não indique a compatibilidade entre o precedente e a lide, ou ainda, que deixe de seguir precedente judicial invocado pela parte, sem aplicar as técnicas de superação do precedente judicial.

De acordo com Eduardo Cambi e Renê Hellmann, diante da previsão das cláusulas gerais, as quais o código civil se utilizou, é que o código de processo civil se esforça para evitar decisões *standards*, que não conservam nenhuma correspondência com o caso concreto.⁷⁹

Dessa forma, é imposto ao magistrado, observar as circunstâncias fáticas da lide, devendo realizar a sua fundamentação, não só referente a incidência

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 428.

⁷⁹ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 430/431.

do precedente vinculante, mas também em relação ao todo, atentando-se aos fatos, que certamente, são demasiadamente relevantes para a solução de qualquer lide.

Neste viés, conforme bem diz Antônio Pereira Gaio, o artigo 489 §1º em consonância com o artigo 10, ambos do CPC, são considerados responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões⁸⁰, ou seja, são instrumentos elementares a concretização do respeito aos precedentes obrigatórios, além disso, há expressa determinação de observância à esses dispositivos no §1º do artigo 927 do CPC.

Ademais, o sistema de precedentes judiciais, preza também pela fundamentação, e nesse sentido, com o intuito de estabelecer respeito aos precedentes judiciais, o legislador previu mais essa norma, cujo objetivo, nos parece claro, qual seja, além de atribuir aos precedentes a devida autonomia, fazer com que sejam apreciados e assim seja construída fundamentação suficiente para a resolução da lide, sob pena de não fazendo, caracterizando as hipóteses previstas nos incisos do dispositivo aqui tratado, ser considerada uma sentença sem fundamentação e por conseguinte, nula.

Nesse sentido, vislumbra-se que trata de um dispositivo extremamente benéfico para o ordenamento jurídico, uma vez que além de estar em consonância com o sistema de precedentes judiciais, ele também possui condão de possibilitar a concretização de inúmeras garantias. Inclusive o contraditório, tendo em vista que é na sentença, principalmente, que o princípio do contraditório é alcança sua máxima efetividade, partindo da premissa de que o juiz analisou todos as questões suscitadas no processo e aplicou a devida fundamentação em relação aos pontos controvertidos existentes no caso concreto.

No mais Lucas Buril ressalta:

De fato, um dos pontos mais importantes para o funcionamento da teoria dos precedentes é a forma como a decisão judicial é apresentada, isto é, o que é considerado efetivamente cumpridor do requisito de fundamentação. Deve-se ter em mente que, sem que exista a adequada fundamentação das decisões, sequer é possível defender-se uma teoria dos precedentes obrigatórios. Trata-se de requisito basilar para o funcionamento dos

⁸⁰ JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro.** Revista de Processo. Vol. 257. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 366.

precedentes e do elemento da decisão mais importante para a compreensão das *rationes decidendi*.⁸¹

Outrossim, falar que há limitação aos poderes do magistrado, tal afirmativa parece errônea, pois, ao contrário disso, esse dispositivo confere ao magistrado todos os seus poderes, aliás, lhe atribui segurança, e para tanto apenas é necessário que fundamente, exponha seus motivos. Assim, tendo o magistrado cumprido o seu dever, não há motivos para refazer sua decisão, pelo menos, em razão da ausência de fundamentação.

Nesse passo, a fundamentação, constitui respaldo para o magistrado, que ao explicar seus motivos, não terá sua sentença sendo declarada nula, bem como, os seus próprios fundamentos, quando levados para o Tribunal superior, por meio de recurso, poderão convencer o tribunal, mantendo a decisão.

Ainda, é necessário mencionar que a fundamentação, não só é exigida para os casos em que haverá a inaplicabilidade dos precedentes vinculantes, visto que, também deve se fazer presente quando for caso de aplicação. É dever de quem invoca o precedente indicar os motivos que ensejam a aplicação do precedente para resolução da lide, visto a necessidade de realizar a comparação entre precedente e caso a ser solucionado, frente a compatibilidade física que se exige.

Nesse passo Fredie Didier leciona:

É preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência de sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.⁸²

Vislumbra-se que a incidência do precedente judicial obrigatório na lide deve ser motivada, é preciso que seja realizada uma análise acerca dos motivos

⁸¹ MACÊDO, Lucas Buri de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014, p. 399.

⁸² DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 484.

determinantes que vinculam o precedente, justificando assim, a sua incidência como forma de solucionar a lide.

Ademais, a explanação dos motivos da aplicabilidade do precedente vinculante no caso a ser julgado, proporciona maior efetividade no contraditório, pois, as partes podem atacar as alegações. Dessa forma, a realização da demonstração dos motivos, possibilitam debates essenciais para a solução da lide.

Contudo, de acordo com Fredie Didier, é preciso ressaltar a função extraprocessual da fundamentação, na medida em que ela servirá de modelo para terceiros que não participaram e não vão participar nunca daquela lide específica, incidindo tanto para benefício como para malefício destes, no sentido de justificar, legitimar ou questionar a conduta.⁸³

Sendo assim, evidencia-se que a fundamentação caracteriza como pilar essencial no aprimoramento, não só da aplicação do direito, como também do próprio sistema de precedentes judiciais, visto o seu potencial interno e extraprocessual.

5.2 Improcedência Liminar do Pedido em Razão da Pretensão Contrária ao Precedente Judicial Obrigatório

A eficácia vinculante do precedente judicial incide em inúmeros momentos processuais, implicando em severas consequências caso contrariado, conforme é previsto no artigo 332 do CPC, que dispõe sobre o julgamento liminar improcedente do pedido do autor. Inclusive, o referido dispositivo possibilita que seja feito, independentemente de citação do réu.

Nesse sentido Humberto Dalla afirma:

(...) vamos encontrar no art. 332 mais uma previsão de força vinculante dos precedentes, ao contemplar a possibilidade de julgamento liminar de improcedência das pretensões que versem exclusivamente sobre questão de direito e que contrariem enunciados de súmulas do STF ou do STJ, acórdãos proferidos pelo STF ou STJ em julgamento de recursos excepcionais repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução

⁸³ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 484.

de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça quanto ao direito local.⁸⁴

A previsão mencionada causa grande impacto, pois, vislumbra-se o nível em que a eficácia vinculante foi levada. Isso, pois o dispositivo legal anteriormente mencionado, possibilita que o processo termine antes mesmo do réu ser citado.

Neste íterim, o julgamento liminar de improcedência do pedido do autor, consiste na decisão de mérito, definitiva, apta à coisa julgada e possível objeto de ação rescisória. Trata-se também de técnica de aceleração do processo, nas hipóteses de manifesta improcedência do pedido, em que o legislador dispensa a citação do requerido, autorizando que em face dele seja proferido julgamento favorável.⁸⁵

Contudo, é necessário observar que a intenção do legislador é evitar a prática de atos processuais que posteriormente serão considerados desnecessários, bem como, prevenir que o réu seja importunado, quando é evidente que a pretensão requerida é improcedente.

Ademais, sob a perspectiva do réu, observa-se que não há violação ao princípio do contraditório, pois, apenas é permitido o julgamento liminar em caso de improcedência do pedido do autor, e, assim sendo, não há prejuízo ao réu.

Porém, em face do autor, é preciso que o magistrado seja cauteloso, isso para impedir que seja violada a ampla defesa deste. Nesse passo, ao verificar contradição a precedente obrigatório, se o autor não formulou nenhuma tese em sua petição inicial, seria viável, que o magistrado oportunizasse ao autor que se manifestasse a respeito do precedente obrigatório, para que assim, após analisar as considerações realizadas pelo autor, julgue liminarmente improcedente o pedido do autor, observando o disposto no artigo 332 do CPC.

Contudo, em relação a ausência de tese, na petição inicial, referente a distinção ou superação de precedente judicial, Marinoni entende:

⁸⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC**. Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016, p. 420.

⁸⁵ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 667.

No entanto, como nesse caso a apelação, excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332 §3º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição.⁸⁶

Inclusive, em obra diversa, Luiz Guilherme Marinoni salienta que:

Em verdade, existindo precedente hígido de tribunal superior, esse deve orientar o julgamento liminar. É claro que o juiz, ao julgar liminarmente improcedente o pedido com base em precedente, deve analisar se o caso sob julgamento não contém peculiaridade que o distingue.⁸⁷

Dessa forma, o magistrado que julgar liminarmente improcedente a pretensão do autor, poderá, através de fundamentação de sua decisão, demonstrar os motivos que determinam a inaplicação, utilizando-se das técnicas de superação do precedente judicial. Ou ainda, ao analisar o mérito e perceber a possibilidade de distinção ou superação, não realizar o julgamento antecipado.

Nesse mesmo sentido aduz Fredie Didier:

O órgão julgador deve observar o sistema de precedentes judiciais: isso significa dizer que o juiz poderá deixar de aplicar um desses precedentes se for o caso de superá-lo ou de distinguir a situação a ser julgada (se se tratar de caso com particularidades que o distinguem). O juiz pode fazer isso de ofício, ao receber a petição inicial e não julgar liminarmente improcedente o pedido, ou pelo juízo de retratação, no caso do autor apelar e demonstrar a necessidade de distinção ou superação.⁸⁸

Sendo assim, ainda que o autor não tenha se manifestado acerca da matéria que implique na improcedência liminar do pedido, a fundamentação do magistrado ao proferir seu julgamento, indicando que não há distinção a ser suscitada, promoverá ao autor a análise de matéria que poderia, mas não foi por alegada. E, através da apelação atacar a sentença, na tentativa de modificar o entendimento do magistrado, que poderá se retratar.

Por fim, em relação ao rol de hipóteses de cabimento do julgamento liminar de improcedência do pedido, Fredie Didier, destaca um inciso, que não está

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169/170.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 516.

⁸⁸ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 671.

presente no artigo 927 e ainda assim é preciso observá-lo. Trata-se no inciso IV do artigo 332, que trata dos precedentes judiciais proferidos por tribunal de justiça em relação ao direito local – estadual ou municipal - e que, segundo o renomado doutrinador, não está em consonância com o artigo 927, e justifica a previsão do mesmo:

Há uma explicação para isso. Até os estertores da tramitação do processo legislativo na Câmara dos Deputados, havia, no art. 927, um inciso dedicado aos enunciados de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local seria o enunciado VI do art. 927). Mas na data de votação do substitutivo na Câmara dos Deputados (26.11.2013), em razão de um acordo entre os parlamentares, o texto foi suprimido.⁸⁹

Em razão da explicação apresentada, nota-se que trata-se de uma falha processual e nesse ponto, não sendo previsto como precedente obrigatório, o dispositivo (art. 332), deveria passar por uma reforma, cuja finalidade, seria excluir o inciso IV. Assim, evitaria conflitos a respeito da temática, que sem dúvidas se faz polêmica.

No mais, considerando a efetividade da ampla defesa do autor, bem como do réu, o disposto no dispositivo legal, demonstra estar em harmonia com o sistema de precedentes judiciais, bem como, com a intuição do legislador de promover a concretização de princípios basilares do nosso ordenamento, e, em especial, destacando-se no presente, a celeridade processual.

Salienta-se, por fim, que a celeridade processual não deve se sobrepor as demais garantias, contudo, na presente questão, vislumbra-se o destaque da mesma, tendo em vista as pretensões legislativas, bem como, a forma do processamento da demanda.

5.3 Eficácia Vinculante e a Independência do Juiz

A eficácia vinculante do precedente judicial, por si só, indica a aplicação obrigatória do mesmo nas lides idênticas ou semelhantes à ele. Assim, a imposição do precedente judicial deve ser realizada, sobretudo, por parte do

⁸⁹ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 672.

magistrado, em virtude do dever de uniformizar e manter a estabilidade da jurisprudência.

No ordenamento jurídico brasileiro há errônea ideia acerca dos poderes do juiz, no sentido de que ele pode decidir da maneira que bem entender, da forma que interpretar melhor. Contudo, essa premissa que a sociedade brasileira possui se faz flagrantemente errônea, tendo em vista que o magistrado deve prestar a solução dos casos concretos de maneira racional e isonômica. Trata-se de um dever inerente ao magistrado.

É necessário ter em mente que o poder judiciário deve ser visto como único, nessa medida, deve atuar e se pronunciar de maneira convergente e harmônica. Sendo assim, o magistrado não possui independência absoluta, visto que isso, viola premissas constitucionais.

Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni entende:

Viola a igualdade e o estado de direito admitir que um caso, cuja questão jurídica já foi definida pelos tribunais, possa ser julgado de forma distinta por um dos órgãos do Poder Judiciário, quando, como todos sabem a jurisdição é una. Ora, se não há dúvida que o judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado.⁹⁰

Desta forma, a incidência do precedente judicial obrigatório na lide sob julgamento não implica em limitação dos poderes do juiz, mais especificadamente na independência dele. Por outro lado, esse fenômeno – se é que assim pode ser chamado – consiste na garantia da unicidade do Poder Judiciário, que, por sua vez, acarreta em efetivação processual e constitucional.

A independência do juiz está relacionada ao posto de gestor do processo, na medida em que ele tem o dever de apreciar tudo o que lhe é apresentado, instaurando no processo as possibilidades de efetivação de garantias processuais. Assim, ele está vinculado aos deveres legais incumbidos a ele, o que significa que ele não tem poder absoluto de decidir da maneira que bem entender no processo.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 205/206.

Outrossim, a aplicação de precedente judicial de tribunal superior aos tribunal inferior, não significa que este não possui mais a sua independência ou que está absolutamente vinculado ao órgão superior. Por outro lado, significa dizer que ele está agindo em consonância com os demais membros do poder judiciário, bem como está prezando pela garantia da segurança jurídica e da igualdade.

Nesse sentido Eduardo Cambi e Renê Hellmann afirmam:

No entanto, as convicções pessoais do magistrado não devem suplantar as imposições de uma integridade decisória. Aliás, a inexistência de um método rígido que assegure a “correção” da decisão, não permite que o interprete escolha o sentido que mais lhe convier, pois isso daria margem à discricionariedade judicial e ao decisionismo (isto é, a redução do direito a um fenômeno de autoridade).⁹¹

Assim, é imprescindível frisar a resistência que há no ordenamento jurídico brasileiro, dos juízes seguirem decisões de acordo com os demais tribunais. Essa obrigação deve ser vista sob uma perspectiva positiva, diante da apta contribuição para o sistema jurídico, frente ao atual cenário, que revela a falta de confiança da sociedade com o Estado, em consequência da insegurança jurídica e da desigualdade que se instala no Estado, em suas esferas de atuação, como um todo.

Contudo, na palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ressalta-se que “embora o Judiciário deva respeito aos precedentes, *cabe-lhe revoga-los quando necessário*”⁹². Nota-se que é possibilitado ao magistrado a inaplicabilidade do precedente judicial quando vislumbrar a inadequação deste na lide que está sendo julgada.

Dessa forma, em relação a afronta da incidência do precedente judicial frente a dependência do juiz, é necessário ponderar, uma vez que, a aplicação do precedente judicial revela notável contribuição para o ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, não há limitação absoluta dos poderes do juiz, visto que o mesmo, através de robusta fundamentação ao invocar as técnicas de superação do precedentes judicial, é capaz de, com a devida legitimidade de seus atos, demonstrar a inaplicabilidade do precedente judicial no caso apreciado.

⁹¹ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 420.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 208.

5.4 Fomentação a Segurança Jurídica

Conforme já mencionado no presente estudo, a insegurança jurídica se instalou na relação do Estado com a sociedade, isso em razão da desigualdade nas decisões proferidas referentes a casos semelhantes. A falta de confiança da sociedade com o Estado é tamanha que existe um ditado popular que indica, justamente, a falta de previsibilidade e estabilidade do poder judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como os demais sistemas jurídicos, cada um à sua maneira, busca a segurança jurídica. A Civil Law buscou a segurança jurídica através da regulamentação das situações corriqueiras, ou seja a lei, visando tratar igualmente todos os conflitos.

A segurança jurídica fortalece a relação do Estado com a sociedade, pois, se o Estado proporciona proteção aos jurisdicionados, estes passaram a confiar nele. Aliás, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado”⁹³.

O Estado através de seus órgãos deve assegurar ao cidadão a igualdade, já que essa é a norma prevista constitucionalmente no rol dos direitos humanos. Vislumbra-se que trata-se exatamente de princípios basilares de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Neste viés, ao analisar o sistema de precedentes judiciais, vislumbra-se que o mesmo possui condão de viabilizar a fomentação dessas premissas basilares de nosso ordenamento jurídico, que atualmente encontram-se abaladas. Isso em razão de que pressupõe a aplicação de soluções iguais para casos iguais. É essa essência que a lei, na Civil Law, buscou enfatizar.

Ademais, com a adoção do sistema de precedentes judiciais, inclusive, os que detém eficácia vinculante, com a aplicação desse sistema, tem-se como consequência a previsibilidade das decisões judiciais, bem como, a estabilidade da jurisprudência. O vínculo entre o sistema de precedente judiciais e a segurança jurídica é gigantesco, visto que a aplicação do primeiro, tem como consequência a eficácia do segundo.

Nesse íterim entende Fredie Didier:

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 122.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.⁹⁴

Inclusive, Eduardo Cambi e Renê Hellmann indicam que:

A segurança jurídica é um instrumento de realização de valores da liberdade, da igualdade e da dignidade: (i) da liberdade, pois quanto maior é o acesso material e intelectual do cidadão às normas que deve obedecer, maior serão as condições para que possa conceber o seu presente e planejar o seu futuro; (ii) de igualdade, pois quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico entre os cidadãos; (iii) de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, bem como mais justificadamente forem aplicadas, melhor será o tratamento do cidadão como ser capaz de autodefinir-se autonomamente.⁹⁵

É possível notar que todas essas realizações de valores indicadas no trecho acima, bem como as demais funções que a segurança jurídica é apta a concretizar, estão intimamente ligadas as funções atribuídas aos juízes e tribunais no artigo 926 do Código de Processo Civil. Dessa forma, o legislador optou por idealizar diversos mecanismos capazes de contribuir para a efetivação das garantias constitucionais, e nesse tópico, especificadamente, a segurança jurídica.

Dessa maneira, além de estabelecer o respeito aos precedente judiciais, o código de processo civil atribuiu funções aos juízes e tribunais, quais sejam: manter a jurisprudência estável, coerente e íntegra. O cumprimento dessas funções, é influenciado pelo uso dos precedentes judiciais e por consequência proporcionam aos jurisdicionados a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais acerca de determinado tema, bem como, a estabilidade, no sentido de há uma tendência de que as decisões se manterão em consonância.

Outrossim entende Hiolani Costa Nogueira:

⁹⁴ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 483.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015, p. 418.

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica, garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Entretanto cabe ao Poder Público proteger a confiança do cidadão em relação às consequências de suas ações bem como dos efeitos dos atos do Estado.⁹⁶

Assim sendo, o respeito aos precedentes judiciais, bem como a obediência dos deveres atribuídos pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, e aos demais dispositivos existentes, constituem elementos cruciais na efetivação da segurança jurídica.

No mais, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a “segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser um Estado de Direito”.⁹⁷

Sendo assim, a aplicação e utilização das funções e dos precedentes judiciais, contribuirão, e muito, na garantia de um Estado de Direito, visto o vínculo existente entre eles e a segurança jurídica.

5.5 (Im)possibilidade de Engessamento do Direito em Face da Incidência do Precedente Vinculante

Diante do dever de observação do precedente judicial vinculante, que incide na lide obrigatoriamente, bem como, em razão dos deveres atribuídos aos tribunais previstos no artigo 926 do Código de Processo Civil, muito se fala na possibilidade de, o respeito aos precedentes, caminharem para um engessamento do direito.

Salienta-se que foi determinado que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, conforme previsto no artigo 926 do atual Código de Processo Civil. Vislumbra-se a pretensão do legislador em buscar a estabilidade e, em consonância, a segurança jurídica.

⁹⁶ MARQUES, Elmer da Silva. **Os Precedentes Judiciais Obrigatórios Como Fonte Do Direito No Estado Constitucional Brasileiro**. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40837. Acesso em: 16/05/17.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 121.

Em relação ao dever de uniformidade José Wellington afirma que “(...) entra em tensão com o risco de que a uniformidade torne-se fator de indevida rigidez formalística da jurisprudência (...)”.⁹⁸

Outrossim, os deveres atribuídos pelo legislador aos tribunais, são essenciais para o reforço da relação de confiança entre Estado e sociedade, que atualmente se faz precária.

Conforme mencionado ao longo do presente estudo, tanto o sistema de precedentes judiciais em si, como a pretensão do legislador indicam a necessidade de estabelecer a segurança jurídica e a isonomia, através da aplicação do referido sistema adotado pelo atual código de processo civil. Evidencia a expectativa de resultados frente a aplicação desse sistema, visto a essência do mesmo.

No mais, constata-se os diversos dispositivos legais, alguns aqui tratados, que indicam o necessário seguimento e observação dos precedentes vinculantes. Posto isso, diante da imposição de aplicação do precedente em diversos momentos processuais, visto que ocorre nos atos processuais iniciais, meios e fins do trâmite da ação, nota-se a preocupação em estabelecer a uniformidade das decisões judiciais frente a casos semelhantes.

Contudo, sendo preciso observar e aplicar os precedentes vinculantes, é necessário ter cautela para que isso não leve a aplicação reiterada dos precedentes de forma que as decisões, em casos semelhantes, sejam sempre idênticas, e não se moldem conforme as alterações no mundo jurídico e fático.

A vinculação do precedente judicial, trata de uma forma de instaurar as garantias processuais e constitucionais com precisão em nosso ordenamento jurídico. Assim, o dever de aplicação dos mesmos, é uma forma de aprimorar princípios constitucionais e processuais em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, o próprio sistema de precedentes judiciais possui técnicas de superação do precedente judicial, as quais são capazes de afastar e impedir que ocorra o engessamento do direito. Sendo assim, passa-se a análise dessas técnicas.

⁹⁸ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial**. Revista de Processo. Vol. 266, ano 42. P. 447-480. São Paulo: Ed. RT, abril, 2017, p. 455.

5.5.1 *Distinguishing*

Consiste em uma técnica de superação do precedente judicial, que visa afastar a aplicação daquele que detém eficácia vinculante no caso concreto através da demonstração de que o precedente possui peculiaridades que se distinguem no caso em julgamento. Nesse sentido, Ravi Peixoto menciona que “é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre os dois casos a ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado.”⁹⁹

Essa técnica pode ser invocada pelo autor e réu, como também pelo magistrado em suas decisões. Nesse sentido, aquele que a invocou possui o dever de demonstrar os motivos pelos quais o precedente não deve incidir na lide sob julgamento.

No ordenamento jurídico há previsão dessa técnica. Em diversos dispositivos referentes aos precedentes judiciais há a expressão “distinção” que corresponde à técnica aqui mencionada, e que, por sua vez é a tradução do instituto no nosso ordenamento jurídico, há exemplo, temos o artigo 489 §1º inciso VI do Código de Processo Civil.

A aplicação dessa técnica nas lides são aptas a fomentar a fundamentação na decisão judicial, tendo em vista a análise profunda que o magistrado deverá fazer tanto para justificar a aplicação do precedente judicial vinculante na lide, como também a sua inaplicabilidade.

Vale ressaltar que a inaplicabilidade do precedente naquele caso a ser julgado se faz em razão de ser inadequado à situação fática e não por ele ser injusto¹⁰⁰. Dessa forma, é possível trazer à baila o exemplo fictício citado por Ravi Peixoto:

Uma determinada pessoa foi proibida de entrar com um cachorro em um restaurante. Os fatos são categorizados e delineados. Em outra situação, caso entre um cego com um cão-guia, o precedente anterior seria aplicado? E se simplesmente fosse outro animal, como um pássaro em uma gaiola? A mera diferenciação da cor do animal seria relevante? Ora, é evidente que

⁹⁹ PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsciente (*inconsistent distinguishing*)**. Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 341.

¹⁰⁰ PEIXOTO, op. cit., p. 342.

por vezes o importante não são os fatos puros, mas a forma a qual são apresentados.¹⁰¹

Ora, vislumbra-se os infinitos questionamentos acerca da aplicação ou não do precedente judicial na lide presente. Contudo, Luiz Guilherme Marinoni leciona que “para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar os fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não aplicar o precedente”.¹⁰²

Dessa forma, é necessário que tenha sido fixado no precedente judicial os fatos determinantes para que seja feito a análise de ser possível ou não afastar a aplicação do precedente judicial. Ou seja, o *distinguishing* recai sobre os fatos determinantes do precedente judicial.

Nesse sentido Délio Mota salienta que:

O juiz, ao deixar de aplicar determinado precedente judicial, deve fundamentar sua decisão, identificando quais são os fatos materiais que não se encontram presentes no caso concreto, tendo em vista que não é qualquer distinção fática que justifica a aplicação da técnica do *distinguishing*.¹⁰³

Sendo assim, conforme exposto, é necessário que a distinção recaia sobre os fatos determinantes do precedentes judicial quando comparado com o caso concreto, sendo inviável afirmar que a distinção pode ser invocada sobre qualquer fato que, se diferente, implique na inaplicabilidade do precedente judicial.

No mais, Cruz e Tucci entende que o *distinguishing* é um método de confronto, no qual o magistrado verifica se a lide sob julgamento é ou não semelhante ao precedente.¹⁰⁴ E nesse diapasão Fredie Didier aponta que o juiz pode:

(i) dar a *ratio decidendi* uma nova interpretação restritiva, em razão do caso concreto possuir peculiaridades que não possibilitam a aplicação da mesma

¹⁰¹ PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsciente (*inconsistent distinguishing*)**. Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp.331-355, out. 2015, p. 432.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 327.

¹⁰³ OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo. Vol. 270. Ano 42. P. 313 – 351. São Paulo: Ed. RT, agosto, 2017, p. 316.

¹⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte de direito**. Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 174.

tese jurídica outrora firmada, situação em que julgará o processo livremente sem qualquer vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*); ou (ii) estender o caso sub judice a mesma solução conferida no precedente judicial, por entender que, apesar das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica ainda lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V e 927 §1º, CPC.¹⁰⁵

Em relação aos termos utilizados de *ampliative distinguishing* e *restrictive distinguishing*, Délio Mota explica:

A denominada distinção ampliativa ocorre quando um determinado precedente passa a ser aplicado, por meio das decisões posteriores, a fatos em relação aos quais não tinha decisão originária feita menção. Nesta situação ocorre uma expansão silenciosa do precedente originário. Por outro lado, a distinção restritiva será identificada quando fatos substanciais sejam retirados de uma *ratio decidendi*, diminuindo, assim, o seu âmbito de incidência.¹⁰⁶

Diante desses efeitos que a aplicação dessa técnica de superação do precedente judicial pode causar, é necessário que seja efetuada com cautela, para que a aplicação reiterada não seja uma tentativa de revogação do precedente, bem como, que não deixe o precedente judicial vinculante cair em desuso sem que seja necessário.

5.5.2 Overruling

Evidente que a sociedade, a política, a economia e o direito se modificam constantemente, dessa forma, é necessário que as decisões estejam de acordo com a nova realidade. Sendo assim, há uma técnica de superação do precedente judicial específica para esses casos, em que o precedente desatualizado, não será mais aplicado.

Assim, o *overruling*, consiste em uma espécie de técnica de superação do precedente judicial, que visa afastar a aplicabilidade dele no caso em concreto, em razão de que o precedente não está de acordo com a nova realidade. A sua

¹⁰⁵ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 505.

¹⁰⁶ PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsciente (*inconsistent distinguishing*)**. Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp.331-355, out. 2015, p. 343/344.

aplicação se justifica diante da vigência de norma jurídica nova, com a qual, os precedentes deverão se formar a partir de sua vigência. Ademais, essa técnica revoga o precedente judicial ultrapassado.

Fredie Didier aduz que o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em um julgamento futuro, bem como que essa substituição, pelo precedente que esteja em consonância com as novas alterações fáticas, pode ser realizada de maneira expressa ou implícita. Contudo, no Brasil, apenas se dará de forma expressa, a qual necessita de fundamentação adequada e específica acerca da utilização da técnica, tendo em vista a previsão do artigo 927 §4º do CPC.¹⁰⁷

No entanto, ainda que exista mais essa possibilidade de afastar a aplicação do precedente judicial do caso concreto, é necessário que seja realizada quando realmente houver necessidade, neste viés, Luiz Guilherme Marinoni afirma que não há sentido algum ter o poder de elaborar o precedente e não ter o dever de respeitá-lo.¹⁰⁸

No mais, assim como a ressalva feita em relação ao *distinguishing*, aqui também é preciso fazer, pois, não há razão para se ter o dever de respeitar os precedentes judiciais, se as técnicas de superação do precedente judicial forem invocadas a todo momento, gerando, por consequência, o desuso dos precedentes.

Tendo em vista a aplicação cautelosa de tais técnicas, no caso do *overruling*, existem critérios a serem observados para que seja realizada a aplicação deste no caso em tela. De acordo com que Marinoni aduz, ao citar Melvin Eisenberg:

Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistemática e, ao mesmo tempo, os valores que sustentem a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta - mais fundamentem a sua revogação do que sua preservação.¹⁰⁹

Sendo assim, verifica-se quando o precedente possui viabilidade de ser revogado quando já não corresponde com os padrões de congruência social, ou

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Vol. 2. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 508.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 388.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 390.

seja, passa a ir contra as premissas morais, políticas, econômicas, e assim, deixará de guardar congruência com as demais decisões, ficará isolado com uma tese jurídica que ficou no passado.

Um exemplo de precedente ultrapassado, é no caso em que há proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, nota-se que essa ideia, atualmente, se faz obsoleta, visto que hoje em dia existem muitas pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo.

Nesse sentido, havendo um precedente que trate dessa proibição, este pode ser objeto de revogação pela técnica de superação do precedente, o *overruling*, uma vez que, não mais condiz com a realidade social, tendo em vista que há muitas pessoas que se relacionam com outras do mesmo gênero, bem como, trata-se de uma nova realidade e o direito deve estar de acordo com as novas culturas.

Desta forma, cumpre salientar que o presente estudo não navegará em águas profundas acerca desse tema, uma vez que a finalidade do mesmo aqui, é demonstrar a capacidade de afastar a aplicação do precedente judicial, em razão de estar ultrapassado, evitando assim o engessamento do direito e possibilitando que os precedentes correspondam com as modificações culturais, econômicas, políticas e judiciais.

6 CONCLUSÃO

Diante de todas as análises acerca do tema proposto, é possível vislumbrar que todo sistema jurídico tem a finalidade de atingir a segurança jurídica, porém, cada qual a sua maneira, tendo eleito um meio para atingir o referido fim, aliás, escolha essa realizada através de influências históricas e culturais, as quais determinam o rumo de cada sistema.

Tendo como premissa a necessidade de atingir a segurança jurídica, a *Common Law*, enxergou na aplicação dos costumes, um meio de atingir a referida finalidade e assim, elegeu os costumes sociais e jurídicos como fonte principal do direito em seu sistema jurídico. Em contrapartida, a *Civil Law*, entendeu ser necessário a regulamentação das situações fáticas e para isso optou pela lei como fonte primária do direito.

Contudo, esse objetivo não vem sendo atingido, e dessa forma, o sistema jurídico brasileiro iniciou uma busca de meios que auxiliem na concretização das finalidades requeridas. Para tanto, foram criadas as súmulas, jurisprudências, e uma das inovações é a Resolução de Demandas Repetitivas, mais conhecida como IRDR e; os precedentes judiciais.

Sendo assim, o legislador na busca pelo aprimoramento da segurança jurídica e igualdade, previu no Código de Processo Civil de 2015, diversos dispositivos para a concretização desse ideal, sendo um deles o sistema de precedentes judiciais, os quais, também possuem eficácia vinculante, que é o tema tratado na presente pesquisa.

Em razão de ser um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário conhecer o precedente e suas peculiaridades. Sendo assim, o precedente judicial clássico – construído sob a égide da *Common Law* – configura-se com a aplicação de uma decisão proferida em caso anterior para influenciar ou até mesmo impor a solução do caso sob julgamento, aliás esse precedente é constituído de dois elementos primordiais, sendo a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*.

No mais, é preciso salientar que o conceito atribuído aos precedentes judiciais, podem ter natureza diversa do conceito clássico apresentado, tendo em vista o disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil. Assim, em razão de não haver entendimento pacífico ou firmado do que configura precedente judicial,

abordou-se o conceito amplo de precedente judicial, incluindo tanto o clássico, como os pronunciamentos elencados no referido dispositivo legal.

O precedente judicial é dotado de eficácias, sendo a eficácia persuasiva e a vinculante. A eficácia persuasiva destina-se a influenciar na decisão do magistrado, de modo que ela integrará a fundamentação na lide para reforçar algum entendimento, no sentido de reafirmá-lo. Por outro lado, o precedente judicial com eficácia vinculante, incide na lide sempre que houver compatibilidade entre o litígio e o precedente, de forma a outorgar ao magistrado a solução a ser dada para o caso concreto.

Neste sentido, vislumbra-se que o Código de Processo Civil previu a incidência do precedente judicial vinculante em inúmeros momentos processuais, influenciando na composição da solução da lide. Contudo, essa incidência, não viola direitos e garantias, por outro lado, implica na promoção de premissas que atualmente se mostram abaladas.

O sistema de precedentes judiciais, como sua essência, preza pela robusta fundamentação acerca da aplicabilidade ou não do precedente judicial, e essa cautela é ainda maior em relação aos precedentes judiciais vinculantes. Logo, quando tratar-se de precedentes obrigatórios, deve ser realizado pela parte que o invocou, intensa fundamentação para justificar a aplicação ou não do precedente judicial no caso concreto.

Assim, a fundamentação, é um dever, tanto para a parte que o invocou, quanto para o juiz, pois na ausência de fundamentação acerca do precedente judicial invocado ou obrigatório, o pronunciamento será considerado nulo. Trata-se de um zelo que o legislador teve com a qualidade dos pronunciamentos, bem como, uma forma de prezar pela aplicação do direito.

Conforme mencionado, o precedente judicial obrigatório implica nos caminhos que o processo irá seguir, em inúmeras vezes, tanto que é possível levar ao julgamento antecipado da lide. Neste caso, é preciso

No mais, o dever de observar os precedentes judiciais obrigatórios, bem como, diante da essência que o próprio sistema possuem, vislumbra-se a capacidade da aplicação desse instituto em reforçar a segurança jurídica em nosso ordenamento, uma vez que por meio dessas obrigações, haverá a necessidade de

seguir aquilo que já foi decidido, proporcionando a previsibilidade e estabilidade no Poder Judiciário.

Neste viés a eficácia vinculante do precedente judicial, implica na contribuição para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que viabiliza a previsibilidade e estabilidade do direito, bem como, a aplicação isonômica do direito. Inclusive, possibilita que o precedente não seja aplicado em razão da distinção ou da superação, evitando assim, o engessamento do direito e proporcionando a mutação dos precedentes de acordo com a sociedade como um todo e o direito positivado.

Sendo assim, o respeito aos precedentes judiciais promove para o ordenamento jurídico brasileiro melhorias de que necessita. Dessa forma, é preciso que haja a correta aplicação desse sistema em nosso ordenamento, e obediência, para firmar a jurisprudência, concretizando os deveres atribuídos pelo artigo 926 do CPC, bem como, as garantias processuais e constitucionais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Antônio Rodrigues Cavalcante de. **Efeito Vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2009.

ATAÍDER JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O precedente judicial e sua eficácia vinculante no sistema processual brasileiro**. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf Acesso em: 20/07/2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

CAMBI, Eduardo. HELLMANN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil**. Revista de Processo: RePro, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CIMARDI, Claudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no NCPC**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial**. Revista de Processo. Vol. 266, ano 42. P. 447-480. São Paulo: Ed. RT, abril, 2017.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA de, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. Ed. – Salvador. Editora Jus Podovim, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%2fo rca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civ il.pdf>. Acesso em: 28/04/2017.

JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código**

de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 257. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo, vol. 237. Pag. 369-401. São Paulo: Ed RT, novembro, 2014.

MARQUES, Elmer da Silva. **Os Precedentes Judiciais Obrigatórios Como Fonte Do Direito No Estado Constitucional Brasileiro.** Disponível em: acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40837. Acesso em: 16/05/17.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e a decisão do recurso diante do novo CPC.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum.** Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Precedentes? Significados e possibilidade de aplicação "self service".** 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>. Acesso em: 28 ago. 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais.** Revista de Processo. Vol. 270. Ano 42. P. 313 – 351. São Paulo: Ed. RT, agosto, 2017

PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsciente (*inconsistente distinguishing*).** Revista de Processo. São Paulo, nº 248, pp.331-355, out. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC.** Revista de Processo. Vol. 259. São Paulo. Ed. RT, setembro. 2016.

PORTO, Sergio. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial.** Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em: 28/04/2017.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo. Editora Saraiva, 1994.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado.** Disponível em:

<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Uberlândia, 2016. Acesso em: 28/04/2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao direito dos EUA**. 1 ed. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

STRATZ, Murilo. **Aportes à desmistificação do art. 927 do novo Código de Processo Civil**. *Revista de Processo*. Vol. 269. Ano 42. P. 433-463. São Paulo. Ed. RT, julho, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. *Revista de Processo*. Vol. 270. Ano 42. P. 313 – 351. São Paulo: Ed. RT, agosto, 2017.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Data de acesso: 30/08/17

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte de direito**. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

_____. **Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial**. Disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx. Acesso em: 26/08/2017.

ZANETTI JR, Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** *Revista dos Tribunais*, vol. 257. Ano 41. P. 371 – 388. São Paulo: Ed RT, jul, 2016.