

## PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE SOBRE SUA FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sara Hellen Trevisan BOSSO<sup>1</sup>  
Gilberto Notário LIGERO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo se faz em relação a uma das inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, o sistema de precedentes judiciais. A importação desse sistema para nosso ordenamento jurídico recebeu tratamento especial, bem como, gerou expectativas, não só para os operadores do direito, como também para os jurisdicionados, tendo em vista as funções atribuídas aos precedentes judiciais pelo atual Código de Processo Civil, as quais são essenciais para efetivar princípios e garantias constitucionais.

**Palavras-chave:** Precedente Judicial. Função. *Common Law*. *Civil Law*.

### 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao implementar em nossa realidade o sistema de precedentes judiciais, que fora fundado no direito americano, mais conhecido como *Common Law*, o qual possui uma forma de aplicar o direito substancialmente diversa do nosso sistema, o *Civil Law*.

Ao proferir uma sentença, os magistrados pertencentes ao *Common Law*, priorizam os costumes sociais e jurídicos para solucionar uma lide, o que significa que, independentemente da existência de uma lei que regulamente determinado assunto, se existir algum costume, seja social ou jurídico, ele, preferencialmente, aplicará o que é seguido pela sociedade e justiça.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro, com suas raízes fundadas nos preceitos da *Civil Law*, aplica preferencialmente a lei e, somente quando não exista lei, que regulamente determinado assunto, é que o magistrado brasileiro opta

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ. E-mail: sara\_bosso@outlook.com.

<sup>2</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR. Coordenador do Grupo de Iniciação Científica "Novo Processo Civil Brasileiro: garantias fundamentais e inclusão social" da Toledo Prudente Centro Universitário. Docente do curso de Graduação e Pós-Graduação "lato sensu" da Toledo Prudente Centro Universitário. Professor do Programa de Pós-Graduação "stricto sensu" da Universidade de Marília. E-mail: gilberto\_ligero@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

em socorrer-se de costumes, uma forma de ministrar o direito mais conhecida como analogia, a qual integra os costumes sociais, as jurisprudências, doutrinas e outras formas de suprir as lacunas legais.

Nota-se que a primordial diferença entre o sistema que criou os precedentes judiciais – *Common Law* - e este em que está sendo implantado, se faz no tratamento dado aos costumes. O sistema originário dos precedentes prioriza o que é seguido pela sociedade e justiça, enquanto o nosso ordenamento, prioriza o que a lei prescreve, aplicando os costumes de forma secundária, quando não existe norma que regulamente determinado assunto ou quando essa já se faz ultrapassada.

A introdução do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento, não indica que está ocorrendo uma migração para o *Common Law*, apenas fora implantado no processo civil brasileiro um novo instituto que irá auxiliar os magistrados a efetivar garantias processuais, ou seja, ele irá ajudar a tornar o processo um instrumento mais eficaz de resposta jurídica ao jurisdicionado, promovendo, principalmente, a igualdade e segurança jurídica.

Dessa forma, para que o sistema de precedentes judiciais colha um resultado positivo, é necessário que os operadores do direito utilizem esse sistema da maneira correta, ou melhor, apliquem esse sistema da forma que deve ser, pois somente com a correta aplicação deste é que se obterá a esperada função.

Por fim, salienta-se que o método utilizado na pesquisa é o dedutivo, pois todo o estudo será pautado em teorias, as quais legitimarão as conclusões particulares do instituto.

## **2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA COMMON LAW**

O sistema de precedentes judiciais foi estruturado sob a égide da cultura da *Common Law*, com a função de aprimorar a aplicação do direito, de forma que sua idealização se deu em razão da construção histórica vivida na Inglaterra e nos EUA. Pois bem, sua criação fora construída sob influência de marcos históricos que colaboraram no desenvolvimento do ordenamento jurídico inglês.

No que tange a influência histórica na construção da *Common Law*, René David (1996, p. 19), afirma:

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.

Fato marcante no caminho para a aplicação do costume é informado por Fernanda Néri Rosa (2016, s/p.), no seguinte trecho:

Era comum porque era originário das sentenças dos tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha. O ato de julgar era prerrogativa real, mas os reis delegavam aos *judges*, que perambulavam pelo reino, à semelhança do pretor romano, realizando um circuito (...). Os juizes concediam *writs*, que constituíam ordens dadas pelo rei às autoridades para que respeitassem um determinado direito de quem obtinha o remédio. Depois de concedido o *writ*, um júri formado por leigos julgava as pretensões da pessoa beneficiada.

Nota-se a tendência na construção de um sistema baseado no costume, inclusive, na necessidade em se buscar uma resposta na autoridade absoluta, que naquele tempo, era o poder real.

Evidente que o direito inglês se difere demasiadamente do brasileiro, pois guiados por premissas sistemáticas diferentes também, o primeiro pelo *common law* e o segundo pelo *civil law*. Porém, é importante destacar que estão inseridos no gênero do sistema ocidental. Contudo, eles possuem ritos, características, institutos únicos, que os tornam distintos e essa distinção se deu em razão da forma política, cultural, social de cada lugar em que se desenvolveu o sistema (Oliveira, 2013, s/p.).

A principal diferença entre os sistemas, está nas fontes consideradas primordiais de aplicação do direito, pois a Common Law, por sua origem, elege os costumes, sejam eles sociais ou jurídicos, e a Civil Law, optou pela lei, tendo em vista a tradição em prever as situações em um texto legal.

Neste diapasão, insta mencionar que o sistema sempre se preocupou em desenvolver a aplicação do que entendiam ser o bom direito, de forma que promovesse para a sociedade uma segurança jurídica. Desde os primórdios, observava-se a necessidade em se obter uma jurisprudência congruente, com isso, passou-se a observar o conjunto de julgados para solucionar um litígio presente. Conforme Fernanda Néri Rosa (2016, s/p.) destaca:

A confiança nos precedentes é vista nos países de língua inglesa como algo natural, uma parte da vida em geral, o fato de algo ter sido feito de alguma maneira por si só já providencia um motivo para que algo semelhante seja realizado da mesma maneira.

Vislumbra-se que o método eleito para aplicar o direito de maneira que proporcionasse segurança jurídica ao sistema, obteve êxito, tendo em vista a confiança depositada no poder judiciário, diante da previsibilidade na satisfação de um direito.

Entretanto, os precedentes judiciais, somente ganharam eficácia obrigatória de sua aplicação, no século XIX, onde a pretensão pela segurança jurídica tornou-se mais exigida (Néri, 2016, s/p), bem como, aprimorou ainda mais a relação de confiança que já existia.

Por fim, se faz importante e necessário trazer à baila, um resumo de como a teoria dos precedentes judiciais surgiu:

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 eficácia vertical e vinculante do precedente, ou seja, a partir do julgado proferido, procedia-se ao seu registro, que por sua vez era publicado em coletâneas (chamadas *reports*) e passavam a ter força obrigatória, ou regras de precedentes (*rules of precedents*). Deste ponto, serviam para reger situações futuras enquanto juízes e demais estudiosos do direito retiravam deste mesmo julgado as regras e princípios que iriam ampliar os limites da *common law* de forma generalizada. (Néri, 2016, s/p).

Pois bem, nota-se que houve uma necessidade de aprimorar a aplicação do direito, inclusive aperfeiçoando a segurança jurídica pretendida pela *common law*, chegando assim no sistema de precedentes judiciais, os quais, ganharam aplicação vinculante, concretizando os ideais preestabelecidos.

### **3 PRECEDENTES JUDICIAIS: DEFINIÇÕES E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS**

O precedente judicial, é formado quando um juiz utiliza-se de uma decisão já proferida, como fundamento para decidir uma lide presente, ou seja, esse juiz declara-se vinculado a uma decisão anteriormente proferida. Desta forma, nota-se que quem transforma a decisão judicial em precedente, é o juiz que em outro litígio posterior, o qual possui matéria fisicamente compatível com o anterior, aplica a decisão proferida neste último.

Desta forma, Fredie Didier (2016, p.385) coaduna:

O precedente judicial, na common law, é formado quando um juiz utiliza-se de uma decisão já proferida, como fundamento para decidir uma lide presente, ou seja, esse juiz declara-se vinculado a uma decisão pretérita. Desta forma, nota-se que quem transforma a decisão judicial em precedente, é o juiz em um outro caso futuro, cuja matéria seja semelhante, ou melhor, fisicamente compatível.

Neste diapasão, Michele Taruffo (2011, p. 142) ressalta:

(..) precedente produz uma regra, que pode ser utilizada pelos juízes dos casos subseqüentes, se houver similitude entre os fatos do caso decidido e os fatos do caso a ser julgado. Há de ser constatada a identidade entre as duas *fattispecie* concretas.

Entretanto não basta ser apenas uma decisão, cuja essência se faz próxima, ou até mesmo intima de outro caso, para que seja aplicada como forma de influenciar e determinar a resolução de fato posterior. Faz se necessário que os litígios, passado e presente, compartilhem semelhanças, as quais, possam ser capazes de receber a mesma solução, sem gerar algum vício que acabe maculando a sentença.

Dessa forma, Fredie Didier (2016, p. 455) afirma que:

O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.

Observa-se que é esse conjunto formador do precedente que permite sua aplicação como fundamento em outra decisão judicial, na qual o magistrado deve indicar a forma que esses componentes se adequam ao novo caso e induzem a sua aplicação solucionando a lide.

Vislumbra-se que, de maneira geral, o precedente é composto pelos principais eventos formadores de um processo anterior, visto que, quando afirmado por Fredie Didier que um dos elementos são as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia. Nota-se que são os pontos de objeção entre as partes, os quais são fixados no despacho saneador para que sejam comprovados no processo. São essas oposições que, se provadas, indicarão de quem é o direito.

Ademais, em relação ao segundo elemento, tem se a ideia de que é a análise do magistrado que, ao ponderar princípios ou aplicar os critérios clássicos de

solução de conflito de regras, estabelecerá os motivos determinantes que promoveram respaldo em sua decisão.

Neste diapasão, o terceiro componente, indica a alegação jurídica preponderante acerca do direito da parte, a qual, se faz primordial para, junto com o segundo elemento, fixar a resolução e assim satisfazer a pretensão da parte.

Compreende-se então que, o precedente judicial, é construído pelos fenômenos jurídicos cruciais na formulação de uma sentença, de maneira que são eles que irão influenciar na conclusão de uma lide posterior que seja semelhante à este.

Nesta linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 216), afirma: “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.”

A definição apresentada, ainda que breve, exprime todo o exposto, no sentido de que, uma decisão, será um precedente quando composta dos elementos mencionados por Fredie Didier, bem como, quando estes tornam a tese jurídica inovadora, respondendo todas as alegações, ou ainda, quando estes esclarecem divergências.

### **3.1 *Ratio Decidendi e Obter Dictum***

Quando tratamos de precedentes, muito se fala sobre a *ratio decidendi* e a *obter dictum*, elementos cruciais na identificação do componente que vincula o precedente judicial e, o torna único, tendo em vista a sua aplicação.

Brevemente, é possível adiantar que a *ratio decidendi* compreende os fundamentos determinantes para o julgamento da lide. Por outro lado, a *obter dictum*, são os fundamentos que não possuem extrema importância na decisão da demanda, e por este motivo, não são vinculantes (Marinoni, 2012, p.59).

No entanto, ressalta-se que o elemento primordial do precedente, antes de tudo, é a *ratio decidendi*, tendo em vista que é, justamente, esse constituinte que irá vincular e induzir a aplicação do precedente. É a *ratio decidendi* o núcleo do precedente, ou seja, a sua essência.

Ratio decidendi, como o próprio nome indica, é a razão de decidir, são os argumentos, as alegações, que formam a base da decisão judicial. Tanto é que, nem tudo o que o juiz apreciou é passível de ser compreendido como ratio decidendi. Somente constitui a ratio, os motivos determinantes da lide.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 59) leciona:

A expressão “motivos determinantes da decisão”, em princípio tomada como sinônima da enunciada por “eficácia transcendente da motivação”, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de ratio decidendi. Isso porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente – apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a ratio decidendi.

A importância da ratio decidendi é tamanha que Fredie Didier (2016, p. 455), afirma que, “na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria ratio decidendi”.

Em que pese o precedente judicial é constituído das principais teses jurídicas inovadoras e, esclarecedoras, vale mencionar que, nem tudo o que está nele é fator determinante de nova tese jurídica, uma vez que, é possível encontrar nos precedentes decisões que não são determinantes, são conhecidas como *obiter dictum*.

De maneira resumida, a *obiter dictum* é a decisão prescindível para a construção da tese jurídica, podendo ou não possuir alguma relação direta com a lide. Nas palavras de Marinoni (2010, p. 235), a *obiter dictum* se caracteriza nas questões que são indiscutivelmente desnecessárias para o alcance da decisão.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que uma decisão nem sempre será um precedente, entretanto, todo precedente será uma decisão, desde que contemplada pela inovação e esclarecimento de teses jurídicas.

### **3.2 Eficácia Vinculante/Obrigatória e Persuasiva Do Precedente Judicial**

A aplicação do precedente judicial é realizada conforme a eficácia que ele possui. No presente ensaio, tratar-se-á da eficácia vinculante, cuja aplicação

obrigatória e a da persuasiva, sendo utilizada como argumentação para julgar o litígio, portanto, sua aplicação é facultativa.

A eficácia de um precedente judicial é determinada a partir de sua *ratio decidendi*, e dessa forma, os fundamentos integrantes da *obiter dictum* (não determinantes), não possuem a eficácia do precedente considerado vinculante, ou seja, o que irá ser vinculativo é a *ratio decidendi*.

A eficácia vinculante, conforme o próprio nome indica, é de aplicação obrigatória pelo Tribunal nos casos que possuem compatibilidade física. Desta forma, o Tribunal vinculado àquele que tenha um precedente obrigatório deverá aplicá-lo no caso semelhante, salvos nas hipóteses previstas nos §2º, 3º e 4º do artigo 927 do atual Código de Processo Civil.

Salienta-se que a eficácia vinculante deriva do *stare decisis*, à respeito, da introdução deste em nosso ordenamento, Elpidio Donizetti (2015, s/p), afirma:

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória).

Entretanto, os precedentes cuja eficácia é vinculante estão previstos nos incisos do referido dispositivo legal, os quais tratam de matérias que possuem extrema importância para a justiça. Entretanto, observa-se que são institutos que tratam de matérias de repercussão geral, ou minimamente, que atinge considerável número de pessoas interessadas.

Essa eficácia vinculante do precedente judicial, pode, inicialmente receber uma certa recusa quanto a obediência dos Tribunais na forma hierárquica, tendo em vista que, o Brasil tradicionalmente, não possui essa cultura. Diferentemente do que ocorre aqui, no Common Law, essa observância nas decisões proferidas por Tribunais superiores, não é concebida sob um ponto de vista negativo, mas sim, sob o prisma de uma cooperação, tanto com os jurisdicionados, quanto com o sistema jurídico.

Ademais, a imposição dessa obediência pode ser vista como uma forma de assegurar garantias constitucionais, principalmente a segurança jurídica, fortalecendo a relação de confiança que o Estado tem com a sociedade, bem como, é uma forma de zelar pela isonomia.



Salienta-se que a maneira como se dará o afastamento da aplicação do precedente obrigatório é diferente. Segundo o §2º do artigo 927 CPC/2015 em caso de “alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, nota-se uma preocupação com essa possibilidade, tendo em vista a grande repercussão que a alteração dessas matérias podem acarretar.

Ainda, os §3º e 4º determinam uma necessária observância que a alteração seja realizada de acordo com a segurança jurídica e proteção da confiança, interesse social e da isonomia. Percebe-se mais uma vez o cuidado especial dado as garantias constitucionais pelo atual Código.

Por outro lado, a eficácia persuasiva, indica que a solução trazida por aquele precedente, nas palavras de José Rogério Cruz (2004, p. 53), é “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. Sua adoção não é obrigatória como no caso da eficácia vinculante, e, se o magistrado opta pela adoção deste, assim o faz por entender que a resolução e os fundamentos que a constituem são realmente adequados, sendo a medida de justiça socialmente esperada.

Quando se refere ao precedente cuja eficácia é persuasiva, este poderá ser superado ou ter sua aplicação afastada com a incidência das técnicas de superação do precedente judicial – *distinguishing* e *overruling* – tendo em vista a necessária fundamentação que o Código exige.

Essa eficácia persuasiva trata-se de um efeito jurídico inerente a qualquer precedente, ou seja, ainda que o precedente tenha eficácia predominantemente vinculante, por trás dessa temos a persuasiva.

Em geral, pouco importa se o precedente judicial possui eficácia vinculante ou persuasiva, de qualquer modo é preciso que o magistrado tenha em mente que é necessário leva-lo em consideração, e não ignora-lo, principalmente aquele que possui efeito jurídico de aplicação obrigatória.

A todo momento, é possível perceber que o legislador tentou fomentar as garantias constitucionais através da implementação desse sistema em nosso ordenamento jurídico. Nota-se a confiança depositada no presente instrumento de propiciar a melhor aplicação do direito.

## **4 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: *OVERRULING* E *DISTINGUISHING***

O sistema de precedentes judiciais, quando inserido no ordenamento jurídico brasileiro além de inovar a realidade vivida pelos profissionais do direito, trouxe consigo seus institutos, os quais, evitam o engessamento do direito e permitem que o direito seja renovado de acordo com as necessidades sociais.

No presente estudo, serão abordados os principais institutos de superação denominados de *overruling* e *distinguishing*, que são aplicados em situações distintas, mas que possuem finalidades semelhantes no que tange ao afastamento do precedente na decisão de uma lide, inclusive, vislumbra-se a atualização do direito de acordo com as necessidades sociais e mutações jurídicas, sem deixar abalar a segurança jurídica e a igualdade.

### **4.1 *Overruling***

Um dos mecanismos de revogação do precedente judicial é o *overruling*, uma técnica que permite que a aplicação precedente seja dispensada, quando este versar sobre determinada situação jurídica que não mais faz parte da realidade social.

Tendo em vista que a sociedade está em constante transformação, é possível que uma decisão judicial transformada em precedente, não esteja mais de acordo com as necessidades sociais vividas e, este é um dos motivos pelo qual se possibilita que o precedente se torne inaplicável na resolução de casos futuros.

Ademais, não é só em razão da mutação social que se permite a aplicação do *overruling* seja invocado, é possível também nas questões de direito processual e material. Ora, até mesmo as leis processuais são alteradas, ganham nova interpretação ou ainda, são inutilizadas com o tempo quando surge uma nova alternativa mais viável.

Inclusive, Ataíde Junior (2011, s/p), defende que a superação do precedente judicial, deve preencher dois requisitos pra que seja aplicada, quais sejam, a perda da congruência social e o surgimento da inconsistência sistemática, inclusive, entende que isso ocorre quando:

Os precedentes deixam de ter congruência social e consistência sistemática quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias. Da mesma forma, tornam-se incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

Vislumbra-se, a existência de uma preocupação com a segurança jurídica, pois, se é possível que o precedente tenha sua aplicação afastada, é preciso que seja feito quando há necessidade, evitando assim, um abalo no sistema processual.

Pois bem, o instituto do *overruling* também é conhecido como revogação do precedente judicial, fora previsto no artigo 489, §1º inciso VI do Código de Processo Civil, e de acordo com Fredie Didier (2016, p. 507/508), *overruling* é:

É a técnica através da qual um precedente, perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Essa substituição pode ser: (i) expressa (*express overruling*), quando o tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Essa técnica de superação da aplicação de um precedente, no Brasil, não é aplicada totalmente, tendo em vista que somente será exercido o *express overruling*, o qual exige, que o tribunal expressamente demonstre os motivos que o levaram a invocar o instituto afastando, assim, a aplicação do precedente judicial.

Em continuação ao trecho citado, Fredie Didier (2016, p. 508), explica o motivo pelo qual o *implied overruling* não se aplica no sistema jurídico brasileiro:

O *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927 §4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda o *overruling*.

Por tanto, no Brasil, só será aplicado o *express overruling*, em razão de que essa espécie da técnica do *overruling* solicita, por parte do tribunal, uma justificativa adequada e específica de sua aplicação. Por justificativa adequada e específica, entende-se que o legislador pretende assegurar garantias constitucionais, como a segurança jurídica e a isonomia.

Ademais, é preciso mencionar que, a aplicação dos precedentes pode se dar no plano horizontal, ou seja, o órgão revoga seu próprio precedente, como também no plano vertical, o órgão superior revoga o precedente do inferior (Caron, 2014, s/p.), proporcionando assim, uma flexibilização quanto a sua aplicação.

Neste viés, a possibilidade de afastar a aplicação de um precedente judicial, é flexível, tendo em vista os planos horizontais e verticais, entretanto, deve ser realizado com cautela, com a devida fundamentação, além de observar a necessidade a partir dos requisitos indicados por Ataíde Junior.

## **4.2 Distinguishing**

O *distinguishing* também é uma técnica de superação do precedente judicial, entretanto, diferentemente do *Overruling*, a aplicação do *Distinguishing* é realizada nos casos em que não há compatibilidade física entre o precedente judicial e o litígio em que fora indicado para solução.

Essa técnica é uma forma de afastar a aplicação do precedente judicial nos casos em que a essência do litígio é incompatível com a do precedente. Quando esse instituto de superação do precedente judicial é aplicado, o precedente ainda é válido para futuras aplicações solucionando demais conflitos, porém, no litígio em que se invoca o *Distinguishing* ele não será válido para aplicação. Ou seja, afasta-se o precedente somente daquele caso em questão.

A aplicação da distinção encontra sua justificativa quando há um diferencial na essência entre os casos, não é qualquer dissemelhança que legitima o afastamento da aplicação do precedente (Ataíde Junior, 2011, s/p). É necessário que exista uma incompatibilidade extremamente significativa que torne a aplicação do precedente no caso inviável.

Um exemplo esclarecedor de quando será aplicado o *Distinguishing* fora explanado por Ravi Peixoto (2015, p. 342), o qual segue:

Um exemplo fictício pode ilustrar este raciocínio: uma determinada pessoa foi proibida de entrar com um cachorro em um restaurante. Os fatos estão 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 pequeno pássaro na gaiola? A mera diferenciação da cor do animal seria relevante? Ora, é evidente que por vezes o importante não são os fatos puros, mas a forma com a qual são apresentados.

Com o exposto, facilita a compreensão de que a mera dissemelhança entre o precedente e o litígio não enseja a aplicação da técnica de superação do precedente. Inclusive, demonstra a necessidade de analisar cada caso, tendo em vista que o fato em si pode ser até ser idêntico nos dois casos, entretanto, a forma e/ou o motivo pelo qual se deu aquele fato pode ser o verdadeiro diferencial entre os litígios.

No exemplo citado, é verídico que a proibição da entrada de um animal em um estabelecimento comercial, se faz comum, entretanto, se esse animal serve como guia de uma pessoa com deficiência visual, não se justificaria a proibição da entrada deste no estabelecimento, teríamos uma nova interpretação e até mesmo uma restrição da norma.

Ademais, Elmer da Silva Marques (2015, s/p) entende:

Mas não basta qualquer dessemelhança entre os fatos comparados: é necessário que essa diferença seja material, isto é, que seja suficiente para prover uma justificativa para a não adoção da solução prevista no precedente que se pretende aplicar. Assim, não é qualquer diferença que permite a justificativa: a distinção deve ser tal que provê um fundamento suficientemente convincente para declinar o respeito de uma decisão anterior. O poder dos juízes de promover a distinção não significa que eles podem desprezar os precedentes sempre que lhes convém.

É perceptível que o que determina a compatibilidade entre o precedente judicial e o litígio a ser solucionado é a *ratio decidendi*. Ora, se a *ratio decidendi* é formada pelos fatos determinantes, bem como pelos fundamentos e teses primordiais para a solução do conflito, é à partir de sua identificação que é possível realizar uma análise, cujo objetivo é verificar a compatibilidade entre os litígios, determinando, assim, a (im)possibilidade da aplicação da distinção.

Assim como ocorre com o *overruling*, o *distinguishing* também deve ser aplicado com certa rigorosidade, tendo em vista que a sua utilização desenfreada, acarreta na violação da segurança jurídica e na isonomia, pilares do processo civil brasileiro.

O emprego dessa técnica pode ser visto como um meio de melhorar a aplicação do direito. A implementação do sistema dos precedentes judiciais, de certa forma, coage, não só os magistrados, mas como todos os operadores do direito, a fundamentar ainda mais seus atos, suas decisões em um processo, tanto que até

mesmo nos casos em que haverá uma superação ou distinção do precedente, é necessário que se justifique a aplicação da determinada técnica.

## **5 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO FORMA DE PROMOVER UMA SEGURANÇA JURÍDICA MAIS EFICAZ**

Durante todo o estudo, é notável a preocupação que se tem em promover através da aplicação do direito, seja material ou processual, uma relação de confiança entre o Estado e o povo, de forma a robustecer a segurança jurídica e a isonomia. Neste viés, o presente capítulo se destina a demonstrar como o sistema de precedentes judiciais, pode contribuir na concretização destes princípios.

Desta forma, cumpre ressaltar que o princípio da segurança jurídica, é considerado alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da busca pela concretização de uma relação de confiança entre o poder judiciário e os jurisdicionados e conseqüentemente, a isonomia, fortalece essa relação.

Nesse sentido afirma Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 122) em sua obra:

(...) A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do art. 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5º.

Essa relação de confiança que se destina a segurança jurídica, promove não só uma confiança entre os envolvidos em uma relação processual, em que há uma previsibilidade quanto a questão a ser suscitada, proporcionando para a parte uma prévia da resposta que poderá receber do judiciário.

No mais, o Código De Processo Civil de 2015, por diversas vezes priorizou a celeridade processual, a segurança jurídica e a igualdade. É notável que cada instituto possui a sua forma de promover as normas jurídicas norteadoras do novo processo civil.

A ideia é reforçada, quando se trata de precedente judicial, cuja eficácia é vinculante, pois, sendo sua aplicação obrigatória, nos casos em que se

tratar de casos compatíveis, há uma tendência em estabilizar determinado entendimento, gerando uma jurisprudência, a qual poderá se tornar uniformizada, íntegra e coerente.

Inclusive, o artigo 927 elenca uma série de atos judiciais que devem ser examinados atentamente pelos juízes e tribunais ao proferirem suas sentenças e respectivos acórdãos. E como forma de atingir sua finalidade, empregou a necessária observação dos precedentes, jurisprudências e súmulas já existentes, o que induz o operador do direito a não decidir de forma radicalmente diferente daquilo que a maioria vem decidindo.

No que tange a inserção do sistema de precedentes judiciais, Claudia Cimardi (2015, p. 75), coaduna com este entendimento:

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.

Outrossim, a necessidade de resistente fundamentação exigida pelo Código de Processo Civil, também pela aplicação de um precedente judicial, bem como, quando aplicada técnica de superação do precedente, são determinações que fomentam o respeito aos princípios aqui tratados. Evidente, que há uma tendência de evitar decisões inadequadas frente ao cenário judicial e social.

O sistema de precedente judiciais, carrega consigo, a obrigação de fundamentação, e não se trata de qualquer fundamentação, tanto que, somente os fatos determinantes é que constituem a ratio decidendi e assim vinculam o precedente.

Aliás, a fundamentação é de extrema importância, principalmente no nosso sistema, que o overruling implícito, não se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, conforme tratado aqui, nas palavras de Fredie Didier (2016, p. 508), justamente por este não exigir a demonstração dos motivos pelo qual se deve afastar a aplicação do precedente.

Em relação as ideias aqui expostas, Hiolani Costa Nogueira (2014, s/p) alega que:

Um sistema jurídico de seguimento aos precedentes é concretizado quando existe estabilidade e confiabilidade das decisões. É esses elementos devem decorrer com naturalidade mediante a aplicação pelos juízes dos entendimentos consolidados pelos tribunais. A expectativa da parte receber tratamento isonômico àquele jurisdicionado com a mesma *ratio decidendi* concretiza de segurança jurídica perante o ordenamento jurídico.

Portanto, vislumbra-se que o sistema de precedentes judiciais possui forte influência na consolidação da segurança jurídica, tendo em vista, a sua forma de aplicação, a qual exige determinada cautela, visando aprimorar também a igualdade jurídica.

## **6 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E SUAS FUNÇÕES ATRIBUIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O ordenamento jurídico brasileiro, ao receber o sistema de precedentes judiciais, implementado pelo atual Código de Processo Civil, além de inovar, tendo em vista a forma de aplicação do direito, adquiriu uma nova fonte do direito, como é o entendimento de alguns doutrinadores.

Neste viés, ressalta-se que aplicação dos precedentes, deve ser realizada com determinada cautela, tendo em vista que, partindo da premissa de que precedente judicial é a razão de decidir, ou seja, composto pelos argumentos definitivos, é necessário que haja compatibilidade fática entre os litígios. Neste mesmo sentido entende Elpídio Donizetti (2015, s/p), ao analisar o artigo 489 §1º, incisos V e VI do atual Código de Processo Civil:

De acordo com o dispositivo, não basta que o julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto. Podemos dizer que é aqui que se encontram os parâmetros para a prática do *distinguishing*.

Assim, se os litígios são distintos, havendo ausência de identidade entre eles, não há que se falar na aplicação do precedente para resolução do caso concreto. Desta forma, na hipótese de o autor de uma relação processual indique um precedente, ainda que vinculante, o autor poderá requerer que este seja afastado, caso seja identificado uma incompatibilidade entre o precedente e o conflito.



Há evidente possibilidade de exploração dos precedentes, em razão da necessária compatibilidade entre os casos. Inclusive, é possível notar uma influência em uma maior elaboração das teses, o que, conseqüentemente, fará com que o magistrado analise profundamente a ação, e construa a sua decisão sob uma intensa análise do fato.

É justamente, essa possibilidade, que sendo recebida de maneira positiva, poderá influenciar na promoção do direito, através das profundas análises que deverão ser realizadas. O magistrado, ao expor as razões que o levaram a seguir ou não determinado precedente e, através da construção de sua fundamentação, demonstrará as partes litigantes a sua conclusão para o conflito de maneira convicta.

Além do mais, sendo a fundamentação da sentença o auge do princípio do contraditório, tendo em vista que nela, o juiz rebaterá todas as alegações trazidas ao processo, este aplicará o direito da maneira que entender ser mais adequada e correta para a resolução do conflito.

Ressalta-se que a aplicação dos precedentes judiciais, são de forma interpretativa e não criativa, ou seja, os precedentes não atribuem poder aos magistrados de criarem leis, ainda que diante da omissão desta, esse entendimento é explanado por Elpídio Donizetti (2015, s/p):

Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “Civil law brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e dos tribunais é interpretativa, e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo.

Desta forma, diante da função interpretativa que o precedente judicial carrega consigo, este não autoriza que o magistrado crie uma norma aplicável ao caso concreto que não possui regulamentação legal. Assim, verifica-se a necessária aplicação do instituto de forma correta, para que não gere uma desordem, na qual, o poder judiciário seja confundido com o legislativo.

Tendo em vista, a função interpretativa do precedente judicial, evidente que esta coaduna com a obrigação de adequada fundamentação. As duas ideias se entrelaçam, no sentido de que na fundamentação, o magistrado, expõe a sua interpretação para julgamento do litígio.

Outrossim, os deveres empregados aos precedentes pelo legislador, quais sejam, o dever de integridade, estabilidade, coerência e uniformização da jurisprudência. Considerando o íntimo vínculo que os precedentes possuem com o princípio da segurança jurídica, Alexandre Máximo Oliveira e Bruna Naiara Morais (2015, p. 113), concluem que:

Pode-se concluir que os precedentes judiciais são totalmente compatíveis com esse princípio, de modo que a controvérsia que já foi solucionada e consolidada deverá ser respeitada, trazendo uniformidade à jurisprudência e segurança àqueles que procuram solucionar seus conflitos perante o judiciário.

Vislumbra-se evidente conexão entre a concretização da segurança jurídica e a promoção dos deveres instituídos aos precedentes. Além disso, é possível notar que a correta aplicação e utilização dos precedentes judiciais, levarão ao estado elevado da segurança jurídica, e conseqüentemente, o cumprimento das funções empregadas ao precedente.

Ainda, a adoção deste sistema por parte dos magistrados, poderá acarretar também, na celeridade processual, visto que, com a estabilidade do direito, o operador do direito, não irá necessitar realizar profundas análises em um caso isolado, pois terá outro, já julgado, como base para decidir a lide presente, sendo necessário indicar os motivos pelo qual está invocando determinado precedente e aplicando-o para resolução. Este é o posicionamento de Alexandre Máximo Oliveira e Bruna Naiara Morais (2015, p. 114), que destacam:

Mostra-se que se trata de um princípio inteiramente compatível com o instituto em estudo, pois os precedentes judiciais irão fazer com que o Judiciário não tenha que fazer análises tão aprofundadas em casos análogos, pois já terá um padrão definido a seguir, tornando o Poder Judiciário mais eficiente e célere.

Fica claro que a aplicação dos precedentes judiciais visa reduzir o tempo de tramitação do processo, pois a sociedade terá previsibilidade acerca das conseqüências jurídicas das suas condutas, sabendo que a probabilidade de se ter determinada decisão favorável é “x” e desfavorável é “y”, ante as situações jurídicas já decididas anteriormente.

Porém, é válido dizer que, é preciso ter cautela, para evitar o engessamento do direito. Essa óbice, é perfeitamente possível, através das técnicas de superação do precedente judicial, quais sejam, o Distinguishing e o Overruling, permitidas no sistema jurídico brasileiro. Inclusive, é possível que o próprio réu, que

entre com pedido negado por precedente, invoque a técnica adequada, antes mesmo de que seja dada improcedência na ação.

## 7 CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos, ainda que diferentes, convergem no que tange a sua finalidade, ou seja, seguem meios diferentes, para se atingir o mesmo objetivo. Contudo, há uma aproximação maior, tendo em vista a integração do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema de precedentes judiciais, ainda que construído através da *common law*, e sendo aplicado, agora, na *civil law*, terá a mesma função, qual seja, zelar pela segurança jurídica e isonomia no ordenamento jurídico. Por derradeiro, promoverá a concretização de outros princípios primordiais para a aplicação do direito.

É verídico que haverá, modulações na aplicação deste instituto em nosso sistema, adequando aos nossos costumes, porém, salienta-se que isso ocorrerá ao longo do tempo, conforme as necessidades irão aparecer.

Entretanto, nota-se a grande importância da aplicação desse sistema em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a demasiada contribuição na efetivação de garantias constitucionais, bem como, na promoção da aplicação do direito, através da necessária fundamentação enraizada em relação ao caso.

Por fim, diante das considerações, partindo-se da premissa de que os precedentes serão aplicados da maneira correta, observa-se que as funções atribuídas ao precedente pelo CPC, estão intimamente ligadas a concretização da segurança jurídica. Pois, possuindo uma jurisprudência unificada, estável, íntegra e coerente, por consequência, teremos efetiva segurança jurídica em nosso ordenamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual Brasileiro**. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2011.

CARON, Deborah. **Teoria dos Precedentes Judiciais e sua eficácia para garantia da segurança jurídica.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Volume 42. Nº1. Janeiro – Junho, 2014.

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

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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.

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: 23/05/2017.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma Nova Realidade Diante Do Projeto De CPC: A Ratio Decidendi Ou Os Fundamentos Determinantes Da Decisão.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

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

NOGUEIRA, Hiolani Costa. **Precedentes Judiciais Como Instrumento De Segurança Jurídica E Sua Aplicação No Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5531/1/20866909.pdf>. Acesso em: 19/05/17.

OLIVEIRA, de. Rodrigo. **Evolução Histórica Dos Precedentes Judiciais Nos Sistemas De Common Law E Civil Law.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>. Acesso em: 10/15/2017.

OLIVEIRA, Alexandre Máximo. MORAIS, Bruna Naiara. **A aplicação vinculante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil.** Revista Jurisvox, n. 16, vol. 2, dez. 2015, 107-119.

PEIXOTO, Ravi. **O sistema de Precedentes Judicial pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (Distinguishing) e da distinção**

**inconsciente (Inconsistente Distinguishing).** Revista de Processo 2015. RePro 248.

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.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**, RePro. n. 199. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004.