

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAROLINE RIZENTAL

PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

**CURITIBA
2016
CAROLINE RIZENTAL**

PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Kennedy Josué Greca de Mattos.

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINE RIZENTAL

PRECEDENTES JUDICIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 SISTEMAS	7
2.1 CIVIL LAW	7
2.2 COMMON LAW	10
2.3 APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS	11
3 PRECEDENTES E RATIO DECIDENDI	15
3.1. OBTER DICTUM	17
3.2. IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI	18
4 DINÂMICA DOS PRECEDENTES	21
4.1 DISTINGUISHING	21
4.2 OVERRULING	26
4.3 OVERRIDING	28
5 DISTINÇÕES	30
5.1 JURISPRUDÊNCIA	30
5.2 SÚMULAS VINCULANTES	31
5.3 APONTAMENTOS	34
6 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015	37
6.1 PRINCIPIOS NORTEADORES	37
6.1.1 Segurança Jurídica	37
6.1.2 Igualdade	38
6.1.3 Outros Princípios	39
7 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	42

RESUMO

Este trabalho monográfico tem o objetivo de abordar sobre o tema de precedentes judiciais, desde o seu surgimento com raízes no sistema jurídico *common law*, até os métodos de aplicação utilizados neste direito, primeiramente, proveniente do ordenamento inglês. Pretende ainda, contextualizar o tema no atual cenário do ordenamento brasileiro com a aprovação e a entrada em vigor do Código Processual Civil de 2015. Por fim, tem a intenção de tecer comentários críticos acerca do tema, muito recente no âmbito jurídico, em relação à necessidade e implantação dos precedentes, e a forma como será feita sua aplicação, levando em conta que o Brasil é proveniente do sistema *civil law*. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: *civil law*; *common law*; precedentes judiciais; jurisprudência; súmulas vinculantes; Código de Processo Civil de 2015.

1 INTRODUÇÃO

Possuindo a intenção de ao fim tecer conclusões sobre a possível imaturidade do tema abordado perante o direito brasileiro, a discussão deverá ter início nas raízes e fatos que geraram os sistemas *civil law* e *common law*. Isto visa demonstrar as diferenças relevantes de constituição de cada sistema, para poder se compreender em que circunstâncias surgiu o método dos precedentes judiciais.

Para isto, no segundo capítulo trata de uma breve parte histórica acerca da criação do *civil law*, enquanto direito romano-germânico, e da criação do *common law*, com os fatos que geraram e constituíram como uma das lógicas jurídicas para dirimir conflitos sociais através das demandas sob análise jurisdicional.

No terceiro capítulo, será aprofundado o estudo a respeito dos precedentes judiciais em si, o que são, como se dão seu processo de formação, e sua identificação pelo magistrado diante da aplicação prática.

No quarto capítulo, a dissertação é sobre os métodos de utilização do precedente no direito *common law*, discorrendo sobre a figura do *distinguishing*, do *overruling* e do *overriding*.

No quinto capítulo, se faz necessária a distinção entre figuras já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a jurisprudência e as súmulas vinculantes, que são muito confundidas com os precedentes judiciais, mas que, no entanto, se tratam de três assuntos distintos.

E por fim, no sexto capítulo haverá a contextualização do tema abordado no Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor recentemente, trazendo como inovação a previsão legal da implantação dos precedentes no direito brasileiro, com apontamentos de princípios que permitam tecer reflexões acerca da necessidade e potencialidade de se aperfeiçoar o direito com a adoção deste modelo de precedentes, bem como de eventuais comentários a serem feitos quanto à falta de discussão e maturidade sobre o tema, que foi apenas mencionado pelo legislador.

2 SISTEMAS

Há duas grandes formas de expressão da experiência jurídica que exercem preponderância em suas aplicações pelo Ocidente: as tradições do Civil Law e do Common Law¹. Estas possuem formas peculiares de exercer o Direito, abordando diferentes métodos de solucionar os conflitos sociais.

Para que se possa compreender acerca das abordagens dos dois sistemas é inevitável conhecer o modo de formação de cada um deles, eis que surgiram em circunstâncias culturais e políticas diferentes, que nos permite entender seus DNAs.

A habitual diferenciação entre Civil Law e Common Law tem sido substituída pela ideia de que ambos os sistemas dizem respeito a duas faces distintas da mesma tradição jurídica ocidental.² Assim é relevante ressaltar acerca do modo de formação de cada um dos sistemas em questão.

2.1 CIVIL LAW

Os povos romano-germânicos colonizavam os demais e transferiam parcialmente sua cultura jurídica, que era baseada, a partir do Século XIX, no poder conferido à lei. Essas leis eram concebidas de acordo com as regras de conduta interligadas à ideia de justiça e moral. Assim, os países pertencentes a estes povos adotaram “códigos” para exercer o direito.³

Foi este o caso do ordenamento jurídico Brasileiro, que com a colonização espanhola, portuguesa, francesa e holandesa na América, acabaram por aceitar as concepções jurídicas advindas do Direito Romano.⁴

Os primeiros legisladores e juristas brasileiros seguiram a tendência portuguesa e compilaram as regras jurídicas, fazendo uma codificação do direito.⁵ Isto se deu pelo fato dos juristas terem se socializado em Coimbra, onde havia uma nítida influência do Direito Romano Germânico.

Em Roma eram adotados como fonte do direito vários textos que continham legislação e doutrina. Assim, a manifestação de vontade pela positivação de normas

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Força dos Precedentes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 11.

² MARINONI, Luiz Guilherme. Força dos Precedentes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 7.

³ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.p. 23.

⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law.2014.p.46. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf> , Acesso em: 05 de set.2016.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 216-217.

sobre conduta emanava de um poder superior, tornando o direito codificado e positivado.⁶ E esta foi a influência emanada ao direito brasileiro decorrente de sua colonização.

No entanto, o sistema Civil Law em específico surge da Revolução Francesa, ante a ocorrência na França de abusos de privilégios pelos nobres, pelo clero e pelos magistrados.⁷ Deste modo a Revolução veio consolidar um modelo jurídico novo, tendo sua doutrina embasada na separação dos poderes e da declaração judicial da lei.⁸

Este novo modelo surge pela necessidade da lei ter como principal função representar a vontade emanada pelo povo, satisfazendo a vontade da sociedade. Portanto, o magistrado deveria apenas aplicar a lei de acordo com o texto legal, sem qualquer interpretação que pudesse favorecer apenas uma parcela da sociedade.⁹

Desta forma, a teoria de Montesquieu da separação dos poderes ganha força para que não houve a concentração do poder na mão de apenas um, juntamente com a ideia de Rousseau, que defendia que a lei devia expressar a vontade do povo¹⁰. O magistrado passa a ter uma posição de expectador do direito, não podendo alterar nenhuma construção legislativa, nem mesmo por interpretações sendo apenas a “boca da lei”. Neste sentido afirma o jurista Luiz Guilherme Marinoni: “Para Montesquieu o julgamento não poderia ser mais do que o texto exato da lei”.¹¹

Confirmando assim que o fundamento do Civil Law se deu pelos poderes separados e pela mera declaração da lei expressando a vontade emanada pela sociedade.

Cabe ressaltar que a letra da lei conferia igualdade na aplicação do direito, eis que não sendo possível interpretação, não haveria como beneficiar um indivíduo em particular. Conforme leciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

⁶ SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisprudencial vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil n. 85, abril 2010, p.53.

⁷ GALIO, Morgana Henicka. História e Formação dos Sistemas Civil Law e Common Law: a influência do direito romaneae a aproximação dos sistemas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 09 de set.2016.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Força dos Precedentes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.7.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.36, março 2010.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009, p.55.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p.54.

Havia forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.¹²

Portanto, a aplicação pura da letra da lei assegurava que as necessidades do povo estavam sendo sanadas conferindo igualdade em sua aplicação. Para que todos os ideais que acompanhavam a Revolução Francesa fossem atendidos e satisfeitos.

Assim, houve o processo de formação do sistema Civil Law, com a influência romana devido as colonizações em que se instituiu a codificação e com alterações sofridas pela Revolução francesa, onde se renegou os métodos utilizados anteriormente, e se proibiu a interpretação das normas, e conseqüentemente o abuso de benefícios, sendo o magistrado apenas “ a boca da lei”, conferindo às suas decisões a vontade popular e a igualdade entre todos.

Na visão do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, apesar das mudanças sofridas por este sistema, ainda há resistência quanto à adoção de mecanismos utilizados no Common Law, como é o caso dos precedentes, importantes para o aperfeiçoamento do direito Civil Law.

Em sua opinião, o sistema Civil Law acabou por priorizar a interpretação da norma em detrimento da letra normativa em sí, fazendo com que o princípio da legalidade esteja vinculado à interpretações conferidas à lei por meio dos órgãos jurisdicionais. Deste modo para um indivíduo saber os limites das suas ações e quais as conseqüências jurídicas destas escolhas tem que se preocupar em saber como haverá aplicação do direito levando em conta o princípio da igualdade, vez que todos são iguais perante a lei, e o princípio da segurança jurídica. Portanto, ressalta a importância de dar atenção aos precedentes¹³, conforme abordaremos em momento oportuno.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out 2009, p.56.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.607.

2.2 COMMON LAW

A criação do sistema Common Law se deu através dos Tribunais Reais de Justiça, no século XIII na Inglaterra, vulgarmente designados de Tribunais de Westminster. Era definido como um sistema que consistia na aplicação por estes Tribunais de um direito uniforme.

A expressão "Common Law" surgiu decorrente da característica de submeterem os casos a serem julgados a um direito comum contraposto aos costumes locais.¹⁴ Nestes Tribunais havia uma grande importância nos ritos a serem adotados, gerando um desenvolvimento dos procedimentos a serem observados. Deste modo, enquanto no Continente havia uma preocupação com aspectos do direito material, no direito Inglês o foco era direcionado as questões processuais.

O marco histórico do sistema Common Law foi a conquista pelos normandos da Inglaterra em 1066, que deu origem a um sociedade feudalista em detrimento de uma sociedade tribal¹⁵. No período da sociedade tribal não havia uma unidade no direito inglês, utilizando-se dos costumes locais para decisões judiciais. Com a conquista normanda houve o surgimento de uma aplicação de um direito comum, diferentemente das jurisdições locais.¹⁶

O Common Law tem como seu fundamento algumas regras que não estão escritas, mas que são produto da criação de magistrados, baseadas no direito costumeiro, que foram adaptadas ao passar dos anos.¹⁷

Diferente do sistema com raízes romano - germânicas, o sistema advindo do direito inglês observava os costumes da sociedade, tendo a conduta social baseada na razão dos membros desta sociedade.¹⁸

Segundo os ensinamentos do doutrinador Tucci, desde o início já havia uma preocupação de que houvesse uma aplicação uniforme das decisões tomadas nos casos concretos anteriores, sendo similares aos casos mais recentes, a fim de evitar contradições. Assim, desde o começo o direito inglês se mostrou inclinado à

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Força dos Precedentes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.22.

¹⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 358.

¹⁶ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 359.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009, p. 54.

¹⁸ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil n. 85, abril 2010. p.53.

adoção de precedentes, utilizando os julgados anteriores, ainda que não houvesse caráter obrigatório, para conferir continuidade e segurança às decisões tomadas.

Este possui uma natureza de continuidade, levando em conta o cotidiano da sociedade. Diferentemente do processo em que se deu o Civil Law, com fortes influências pela Revolução Francesa que marcou a criação de um novo direito, o sistema Common Law adentrou o mundo moderno a partir de evoluções.¹⁹

Nos ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.²⁰

Assim, pode-se inferir que apesar das mudanças históricas sofridas pelo sistema, acompanhando as mudanças da sociedade, o Common Law não perdeu seu foco central, e segue utilizando casos concretos para suas decisões.

2.3 APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS

Assim como há algumas diferenças entre o Civil Law e o Common Law, há também pontos de aproximação entre eles. Neste sentido sustenta o doutrinador Marinoni:

A peculiaridade do sistema brasileiro está no controle de constitucionalidade, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional. No Brasil é conferido à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau o poder de negar a aplicação de uma lei. Isto ocorre quando o magistrado se depara com caso concreto, no qual a lei está em desacordo com a Constituição Federal. Por isso, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, neste aspecto o direito brasileiro muito se aproxima do sistema americano, com a diferença que o juiz americano está vinculado aos precedentes e a decisão de sua Suprema Corte, pois caso contrário, põe em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como todo significado atribuído a sua Constituição Federal.²¹

Conforme acima mencionado, ambos os magistrados tanto do Civil Law

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 129.

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009, p. 54.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

quanto do Common Law acabam por negar aplicação de leis que confrontem a Constituição.

No entanto, cada um deles faz isto de forma distinta. O Magistrado no Brasil tem autonomia para exercer o controle de constitucionalidade mesmo em primeiro grau de jurisdição. Já o Magistrado do Common Law o faz pelo fato de ter vinculação em seus julgamentos de decisões da Suprema Corte, bem como através dos precedentes.

Além desta semelhança de controle de constitucionalidade, ambos os sistemas são fiéis ao princípio da segurança jurídica. O Civil Law através da codificação, fazendo com que as normas estejam prescritas, e o Common Law através do sistema de precedentes, evitando que fosse codificada a legislação.²²

Não restam dúvidas de que há uma aproximação do papel do juiz do sistema civil law e do sistema common law, em especial, no papel desenvolvido pelo juiz brasileiro. Eis que a este é devido o dever poder de exercer o controle de constitucionalidade no julgamento do caso concreto, assemelhando-se à função exercida pelo juiz estadunidense. No entanto, apenas o juiz do sistema common law demonstra respeito ao método de precedentes.²³

A falta de respeito aos precedentes por parte do juiz brasileiro se deve ao fato de que este acredita, devido à tradição da civil law, de que a lei seria suficiente para gerar a segurança jurídica. Esta tradição sempre privilegiou a falsa suposição de que a segurança jurídica seria apenas viável com a aplicação estrita da lei, assim, havendo a subordinação do juiz à lei. Em contra partida, no common law a certeza jurídica adotou feições diferenciadas em relação ao civil law. Enquanto naquele a segurança jurídica fundamento os stare decisis, na civil law foi utilizada para negar a importância das decisões tomadas pelos tribunais.

No entanto, quando se percebeu que o sistema civil law admitia interpretações, que geravam decisões distintas de casos semelhantes, curiosamente, na opinião do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, não foi abandonada a ideia de que a lei seria suficiente para garantir esta segurança. Porém, afirma que deveria ter havido, ao menos em sede doutrinária, a conclusão

²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.105

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

de que a aplicação da lei apenas seria igual quando houvesse o julgamento semelhante de casos análogos, assim havendo respeito aos precedentes.

Afinal, em seu entendimento, a lei passa a adquirir maior significação quando foi violada ou quando há ameaça desta violação, de modo que não se pode ignorar e menosprezar a decisão judicial que a interpretou.

Portanto, na visão do doutrinador, o civil law tem exigido o sistema de precedentes:

A segurança jurídica, postulada na tradição da civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do stare decisis, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).²⁴

Ainda, o jurista afirma que embora devesse ser indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais para casos análogos, estranhamente não houve reação a essa situação por parte da doutrina. Como se estas decisões não fossem vistas, ou admitidas por serem inevitáveis.

A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mias bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito.

O doutrinador Marinoni crê que com o novo Código de Processo Civil – marcado pela idéia de respeito aos precedentes – possa direcionar ao caminho da racionalização do sistema de distribuição da justiça, havendo a garantia da segurança jurídica, bem como da igualdade, tão indispensável para o desenvolvimento.²⁵

Entretanto, justamente o fato do sistema da Civil Law ter a codificação, dando importância e se constituindo basicamente do direito positivado e expresso nas normas, é a grande diferença entre eles. O sistema Civil Law produz uma vasta

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

quantidade de leis e quando há a necessidade delimita as interpretações através de construções jurídicas do Poder Judiciário, não mais no âmbito legislativo. O que se constitui uma modernização em relação ao Civil Law constituído inicialmente, com o juiz sendo apenas a “boca da lei”, aplicando em sua literalidade para que houvesse controle do direito, e não ficasse sua aplicação sujeita à discricionariedade do magistrado, assegurando assim que a vontade emanada do povo estava sendo utilizada.

Em contrapartida, o sistema common law decorreu de um direito dos costumes, em que se é levado em conta a construção das Cortes Superiores, através de precedentes, que visam a aplicação dos casos anteriores aos casos posteriores que sejam análogos, buscando uma uniformização das decisões, evitando que decisões contraditórias convivessem no ordenamento inglês.

3 PRECEDENTES E RATIO DECIDENDI

O doutrinador Fredie Didier Jr. em seu mais recente Curso de Processo Civil que diz respeito ao código de 2015 dispõe de um capítulo para abordar o tema precedente. Nesta ele conceitua o instituto como: “ em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Em sua obra ele cita ainda Cruz e Tucci: “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório”. E por fim, faz menção à argumentação jurídica.

Deste modo, conforme já mencionado anteriormente, o precedente cria um elemento normativo, gerado por um caso concreto anterior, que pode ser futuramente aplicado para o julgamento de casos semelhantes. Em sua estrutura ele possui três elementos, as circunstâncias do caso concreto, a tese jurídica chamada ratio decidendi e a argumentação jurídica que constitui a fundamentação da decisão.

Ainda, Didier aponta que em sentido estrito, a própria ratio decidendi é a definição de precedente. Ela constitui nos fundamentos jurídicos e na essência da tese jurídica que foi adotada para solucionar o caso²⁶. Ele explica da seguinte forma:

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis, etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.²⁷

Para se tornar mais didático, utiliza-se do exemplo da Ação Monitória que tem a função de conferir a uma “prova escrita” a eficácia que o título executivo possui. Assim Fredie Didier narra que o conceito de “prova escrita” (artigo 700 CPC) é muito amplo, e para que houvesse uma delimitação foi criada a Súmula 299 do STJ, por exemplo, que firmou o entendimento de que “ cheque prescrito” se amolda ao conceito de prova exigido para a Ação Monitória.²⁸

²⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 441.

²⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 442.

Ainda, afirma que diante disto o magistrado acaba por criar uma norma, consubstanciando a tese jurídica adotada naquele caso, de que “cheque prescrito” se amolda à “prova escrita”, consistindo na ratio decidendi, que dará fundamento ao dispositivo julgador do caso em questão.

Trata-se de um raciocínio indutivo diante de uma situação concreta, conforme explica:

Por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.²⁹

Explicada a forma como se constrói uma das normas no momento da decisão do julgador, a norma geral, o doutrinador passa a explicação da segunda norma, a de caráter individual, que dá origem ao dispositivo da decisão, regendo a situação em exame. É a conclusão da demanda, se esta merece ser julgada procedente ou improcedente.

Portanto, isto ilustra o modo como há duas normas jurídicas em questão. Primeiramente pela interpretação do juiz tanto do artigo 700 do CPC quanto da Súmula nº 299, e posteriormente pela norma criada de que ambos se enquadram, utilizada como tese individual.

Este entendimento é corroborado pela obra de Daniel Mitidiero “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial” que afirma:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da ratio decidendi contida num precedente –, sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada erga omnes, presente em determinadas situações.

Isto se dá justamente pelo fato de haverem duas normas distintas em cada caso, a ratio decidendi que gera o efeito vinculante do precedente em sí, que se diferencia do efeito vinculante da coisa julgada no todo, que também engloba a parte dispositiva, a norma individual.

Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo, é causa de inexistência da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (ratio decidendi) é causa tão-

²⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 443.

só de nulidade da decisão – que, a rigor, existe, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da ratio decidendi, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a ratio decidendi, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a ratio decidendi e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.

Assim, sendo a norma jurídica individual e concreta a parte dispositiva, e sendo a norma geral a ratio decidendi, a ausência de cada uma delas gera consequências diferentes.

A ausência da norma individual implica na ausência da própria existência da decisão judicial, enquanto que a ausência da ratio decidendi gera a falta de fundamentação jurídica, tornando esta decisão nula. Deste modo, apenas a presença de uma norma individual não gera o precedente, tampouco sua força vinculante.

Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia erga omnes, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

Após trazer trechos desta obra, Didier encerra afirmando que a decisão se trata de um ato jurídico onde pode se extrair a solução ao caso concreto que consta no dispositivo, e o precedente que pode ser retirado da fundamentação, abordando no mínimo os dois conteúdos mencionados.³⁰

3.1. OBTER DICTUM

É importante abordar também, para fins de distinção, a figura do “obter dictum” que se se perfaz numa consideração ou opinião jurídica emitida pelo julgador para o deslinde da controvérsia. Mas é totalmente dispensável para a conclusão do processo. São considerações hipotéticas que não estão sendo aplicadas naquele caso em questão, porém são mencionadas a título exemplificativo. No entanto, vale ressaltar que esta não compõe a ratio decidendi.

Nas palavras do autor Didier:

³⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 444.

Obter dictum (obter dicta, no plural), ou simplesmente dictum, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”).³¹

Conforme explica o autor, se trata de uma colocação ou opinião jurídica que é paralela e adicional para a conclusão da fundamentação. O juiz a menciona de maneira “incidentalmente” que pode representar um suporte para a construção do raciocínio adotado para a decisão.

Complementa ainda:

O exemplo mais visível de utilização de um dictum é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo.

Da mesma maneira, são exemplos da obiter dicta a menção a referenciais normativos que não são aplicáveis à espécie em questão, bem como a fundamentação constante no voto vencido da decisão proferida por um órgão colegiado.³²

Muito embora, o obter dictum seja dispensável para a fundamentação da decisão, não é desprezível, podendo, inclusive, sinalizar uma futura orientação da Corte Superior.

No caso do voto vencido mencionado, este possui sua relevância para o julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra uma decisão de mérito, e da ação rescisória, onde não haja entendimento unânime. Ainda, detêm uma eficácia persuasiva para uma tentativa futura da superação do precedente.³³

Deste modo, há nítido entendimento de que o obiter dictum não se confunde com a ratio decidendi, não se utilizando de seu caráter vinculante.

3.2. IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI

Se faz necessária a identificação da ratio decidendi nos casos análogos e anteriores para que se possa dirimir o caso que se pretende julgar, aplicando assim a força vinculativa dos precedentes judiciais.

³¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 444.

³² DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. 2015 p. 445.

³³ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 446.

Portanto, as razões da decisão é que geram a vinculação, devendo ser extraídas por indução. A ratio decidendi deve ter a capacidade de se tornar uma regra geral, possibilitando sua aplicação para outros casos. Tendo aptidão para ser universalizada.³⁴

Motivo pelo qual, segundo aponta o autor, os tribunais superiores devem ter o cuidado ao fundamentar uma decisão, com total observância ao artigo 489, §§1º e 2º do Código de Processo Civil, eis que prevalecendo determinada ratio decidendi ela terá força para se tornar uma regra geral aplicável em outros casos.

Em não havendo a obrigação do órgão judicial em indicar de forma expressa qual a ratio decidendi utilizada em cada caso cabe ao magistrado analisar e identificar no julgado qual a tese jurídica para utilizá-la. Motivo pelo qual foram criados métodos por autores norte-americanos de identificação:

Um primeiro método, que se difundiu no final do século XIX, intitulado “ Teste de Wambaugh” (desenvolvido por Eugene Wambaugh), pauta-se em uma técnica de inversão, segundo a qual se constata que dado enunciado é razão de decidir quando, invertido, implicar uma mudança da conclusão final (do julgamento, a norma concreta). Ou, em outras palavras, a ratio decidendi é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente. Entretanto, se a inversão ou exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da ratio decidendi, mas, sim, de obiter dictum.

No entanto, este método sofre críticas por ser falho e insuficiente. Isto se dá pelo fato de que não é eficaz para identificar a ratio decidendi caso a decisão a ser examinada possuir mais de uma razão de decidir, que invertendo ou excluindo uma delas a outra seria suficiente para se chegar a mesma conclusão, portanto, não seria possível inferir se a razão em questão se trata apenas de obiter dictum ou se está diante de uma ratio decidendi.³⁵

Surge, então, o método de Goodhart, que dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes à causa. Sustenta que a definição da ratio decidendi pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada. Assim, a ratio decidendi não se encontra nas razões ou opiniões do julgador, mas na análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda

Desta forma, este método aponta a necessidade de que as decisões dadas sejam para casos realmente semelhantes, ou seja, que tenham uma base fática bem

³⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 447.

³⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 449.

próxima. Havendo apenas vinculação caso a base fática fundamental for idêntica, caso não o seja, havendo mais fatos materiais ou até menos fatos materiais, não há vinculação.³⁶

O melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni. A idéia é que a ratio decidendi deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada

Em vista disso, o jurista Fredie Didier Jr. entende que o método mais apropriado é aquele que une os dois métodos desenvolvidos pelos autores norte-americanos, identificando e distinguindo os fatos relevantes e os motivos jurídicos que determinam a conclusão. A aplicação de apenas um deles não é eficaz.³⁷

³⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 449.

³⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015. p. 450.

4 DINÂMICA DOS PRECEDENTES

É necessário abordar alguns dos métodos de aplicação dos precedentes judiciais na prática, que irão nos permitir analisar e tecer críticas posteriormente de como o método é utilizado no sistema Common Law em contraste como ele pretende ser e como será aplicado no sistema Civil Law, diante do Novo Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor recentemente.

Para isto, dou início com a citação trazida pelo doutrinador Freddie Didier, de Edward Allan Farnsworth, em sua obra “Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos”:

O uso do precedente é mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio da leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender a andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescentando que o assunto é muito mais controverso. É possível, porém estabelecer vocabulário, fazer algumas generalizações mais óbvias e examinar alguns problemas mais interessantes.³⁸

Portanto, o que se pretende é um apontamento de formas para aplicação destes métodos, através das estruturas denominadas de *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

4.1 DISTINGUISHING

Assim que um órgão julgador, que se encontra vinculado ao sistema de precedentes, deparar-se com um caso, de início deverá verificar se o caso em questão possui alguma semelhança com o precedente.³⁹

Para isto, deve utilizar-se de um método de comparação, analisando os elementos objetivos da presente demanda e confrontando-os com os elementos que caracterizam as demandas anteriores. Caso haja semelhança, deve analisar a tese jurídica (*ratio decidendi*) que foi firmada nas decisões proferidas anteriormente.

Entretanto, quando não houver aproximação dos casos por alguma peculiaridade do caso que está sendo analisado, ou quando não houver coincidência entre os fatos que são fundamentais no caso a ser julgado, isto afastará a aplicação do precedente. Deste modo, havendo distinção entre o caso concreto e o paradigma, trata-se de *distinguishing*.

³⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 486.

³⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 490.

De acordo com a citação do autor da obra dos doutrinadores Cruz e Tucci, o conceito de distinguishing se perfaz como o método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.⁴⁰

Nesta linha, Didier conclui que este método pode ser utilizado em duas situações:

Sendo assim, pode-se utilizar o termo “distinguishing” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (distinguishing-método) – como previsto no art. 489, §1º, V e 927 §1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (distinguishing-resultado), a chamada “distinção”, na forma em que consagrada no art. 489 §1º, VI e 927 §1º, CPC.⁴¹

O artigo 489 em seu parágrafo primeiro, inciso V, do CPC 2015 prevê:

São elementos essenciais da sentença: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Assim, obrigando o magistrado a identificar os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso a ser julgamento tem correlação, amoldando-se àqueles fundamentos, sob pena de tornar a decisão judicial proferida sem fundamentação, estamos diante do método distinguishing utilizado pelo sistema Common Law.

Nesta mesma linha descreve o artigo 927 §1º, do CPC 2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Este artigo faz menção ao dispositivo mencionado acima, bem como faz alusão ao artigo 10 do CPC que em sua redação dispõe:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Conclui-se, portanto, que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, demonstrando-se o distinguishing quando utilizado o precedente sob pena de

⁴⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 491.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 491.

nulidade da decisão ante a ausência de fundamentação e da inobservância dos artigos mencionados que disciplinam esta exigência.

Em relação a segunda hipótese em que se aplica o método, está prevista a norma do artigo 489 , parágrafo primeiro, inciso IV do CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: §1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Este teste legal preconiza a segunda forma de utilizar o método, quando não há aplicação do precedente por alguma peculiaridade ou por ter elementos fundamentais distintos, onde o magistrado ainda assim deverá enfrentar, fundamentando, os motivos pelos quais o precedente não será aplicado, observado o disposto no artigo 927, parágrafo primeiro, conforme já mencionado.

Entretanto, diante da impossibilidade de o caso a ser julgado e o paradigma tenham identidade absoluta das circunstâncias fáticas, ainda é possível que o magistrado aplique a *ratio decidendi* extraída do precedente, mesmo ante alguma peculiaridade que os diferenciem.⁴²

Se este for o caso, diante da distinção (*distinguishing*) existente, o magistrado poderá:

(i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI e 927 §1º, CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489 §1º, V e 927, §1º, CPC.

Posto isto, o magistrado poderá optar pela *restrictive distinguishing*, restringindo a aplicação da tese jurídica anteriormente firmada, afastando-a do caso a ser julgado, ou utilizar a *ampliative distinguishing*, estendendo a aplicação da razão de decidir ao caso em análise, ainda que distintos alguns elementos concretos.

Para concluir pela incidência de um precedente, é necessária a similaridade dos fatos fundamentais das causas confrontadas. Impõe-se, ainda, a análise da possibilidade dos fatos ditos fundamentais poderem ser inseridos em dada classe ou categoria, na qual também se inserem aqueles que servem de base ao caso sob julgamento, de forma a que possam ter soluções semelhantes.

⁴² DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 491.

Para essa categorização, é indispensável a averiguação da razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico em que proferida, naquele tempo e naquele lugar, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores. Afinal, pode o fato pertencer a uma mesma categoria em um contexto e a outra em contexto diverso. Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um “profissional” ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade.⁴³

A categorização leva em conta aspectos culturais, sociais e axiológicos, demonstrando a raiz do sistema Common Law, onde se deu início aos precedentes, que possuem uma carga costumeira grande.

Deste modo, para que o magistrado opte pela incidência ou não do precedente, deve levar em conta todos os aspectos que influenciaram o precedente, e assim sua ratio decidendi para posteriormente fazer a comparação e a distinção do caso em julgamento.

Na opinião de Didier, o direito à distinção se configura como um corolário do princípio da igualdade. A este direito corresponde o dever do órgão julgador proceder à distinção. Afirma que este dever está consagrado em diversos dispositivos da legislação brasileira, impondo-se a aplicação em qualquer precedente, inclusive naqueles que são vinculantes, pelo disposto no enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Este enunciado dispõe que:

(Art. 489, § 1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Precedentes).⁴⁴

Nestes termos, pode-se inferir que há obrigatoriedade de utilização do método distinguishing, tanto para aplicar o precedente ao caso julgado quanto para afastá-lo.

Isto demonstra, na opinião do autor Didier, que há maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, podendo aplicar ou não a ratio decidendi a um caso posterior, dependendo de traços que são peculiares e aproximem ou afastem dos casos anteriores. Esta maleabilidade vem para desmitificar a ideia de que diante de determinado precedente o magistrado se torna um autômato, sem que haja outra

⁴³ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 492.

⁴⁴ DIDIER JR, Fredie. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas p. 46 Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>, acesso em 26/09/2016

opção senão a de aplicar o precedente ao caso em análise, utilizando a solução dada por outro órgão jurisdicional.⁴⁵

Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi* (art. 489 §1º, V, e art. 927, §1º, CPC).⁴⁶

O julgador despende um esforço para chegar à conclusão se os fatos fundamentais são diversos ou não, a fim de justificar a aplicação ou não do precedente, que considera injusto, ao caso concreto.

Em contrapartida, esta possibilidade de distinguir os casos, podendo afastar o precedente lhe confere uma maior maleabilidade ao magistrado, permitindo que aplique o que tem por convicção ser justo. Poder este que, na opinião de Marcelo Alves Dias, se for exercido de forma abusiva ou arbitrária pode afetar a isonomia e a segurança jurídica, o que gerará dúvidas sobre sua autoridade, ou ao menos à autoridade da normatividade do precedente⁴⁷.

O *distinguish* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguish*-método). Se feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplica-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação do precedente. Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguishing*-resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*).

Caso se chegue à conclusão de que o precedente será adotado, o próximo passo será utilizar os mecanismos de superação do precedente, que veremos a seguir. Se por outro lado, após a *distinguishing* o magistrado concluir que não há semelhança entre o paradigma e o caso que está sendo analisado, fará a distinção das situações pelos fatos fundamentais, deixando de aplicar o precedente ou o aplicando a partir do método de extensão mencionado anteriormente.

⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 493.

⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015 p. 493.

⁴⁷ DIDIER SOUZA, Marcelo Dias. Do precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011, p.144 e 145.

Há ainda uma hipótese a ser tratada, ela diz respeito ao *hard case*, em que o caso que está sendo analisado pelo julgador apresenta uma questão que estará sendo enfrentada pela primeira vez. Nesta hipótese o magistrado deverá enfrentar o mérito, independentemente da utilização de um precedente judicial como fundamentação.

No entanto, se ocorrer que o magistrado ou o tribunal, quando decidir o caso ignorar um precedente obrigatório ou uma lei que se relaciona com o caso, haverá a chamada decisão *per incuriam*, que consiste numa omissão, pelo disposto no artigo 1.022, parágrafo único, I e II do CPC. Para que seja caracterizada a decisão como *per incuriam*, é necessária a demonstração de que se a lei ou os precedentes não tivessem sido ignorados o resultado da demanda seria diverso do alcançado⁴⁸.

O artigo 1.022, parágrafo único, I e II do CPC dispõe:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Conclui-se que havendo a inobservância, trata-se de omissão oponível embargos de declaração, e não ausência de fundamentação que gere nula a decisão judicial. A seguir passo a análise dos mecanismos de superação dos precedentes quando da sua aplicação.

4.2 OVERRULING

Uma das técnicas de superação dos precedentes, no processo de aplicação da tese jurídica contida no paradigma ao caso concreto a ser julgado, é chamada de *overruling*.

Nas palavras de Fredie Didier:

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a 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*.

Conforme foi mencionado, na técnica de superação haverá a substituição do precedente que estava vinculando anteriormente por um novo precedente. Esta

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015. p. 493.

substituição pode se dar de duas formas. A primeira delas diz respeito à superação expressa (*express overruling*), quando o Tribunal abandona um posicionamento, adotando expressamente outro. A segunda é implícita ou tácita (*implied overruling*), onde também ocorre a superação, no entanto, o Tribunal não adota um novo posicionamento de forma expressa.

Apenas a primeira técnica (*express overruling*) é adotada no Brasil, ante a exigência de fundamentação específica e adequada para a superação de uma determinada orientação⁴⁹. Conforme já foi mencionada a obrigatoriedade que a legislação processualista traz em relação à fundamentação, necessitando haver diálogo entre o precedente anterior e o que se pretende adotar.

Ainda há o método da *transformation*, que consiste na tentativa de compatibilização entre o precedente anterior e a nova orientação. Além da revogação da orientação anterior implicitamente, a compatibiliza com o novo precedente.

Entretanto, esta alteração no entendimento não causa afronta ao dever de estabilidade da jurisprudência, buscada pelo artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015. Pois apenas impede que haja uma alteração sem justificativa do entendimento, sendo a possibilidade de mudança inerente ao sistema de precedentes.⁵⁰

Robert Alexy em sua obra *Teoria da Argumentação* afirma:

A exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade ainda que seja somente uma condição⁵¹

Desse modo, pode-se inferir a inerência da mudança, quando a decisão judicial feita possui uma carga de pretensão de correção. Prevendo assim que as alterações e mudanças são necessárias para o acertamento das decisões.

Embora o ordenamento jurídico não adote as terminologias acima expostas, prevê a superação de precedentes judiciais e dos enunciados de súmulas produzidas a partir deles. Como, por exemplo, no processo de revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes. Este processo está previsto no artigo 103-

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 494.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 495.

⁵¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 495.

A, §2º da Constituição Federal, na Lei nº 11.417/2006, como também pelo Regimento Interno do Superior Tribunal Federal.⁵²

Mas a regra que permite a alteração de súmulas, jurisprudência e precedente está principalmente contida no artigo 927, §§ 2º a 4º do Código de Processo Civil. Conforme se infere:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Assim, podemos concluir que embora o ordenamento jurídico brasileiro não utilize a denominação dada pelos ordenamentos provenientes da Common Law, há regras que preveem no nosso ordenamento as mesmas estruturas.

4.3 OVERRIDING

O método de overriding consiste em uma limitação na incidência de determinado precedente, tratando-se de uma revogação parcial. Se diferencia do mecanismo de overruling vez que este diz respeito à uma superação completa do precedente.⁵³

Na overruling há uma alteração da própria ratio decidendi, enquanto que no overriding o novo posicionamento não atinge diretamente o núcleo do precedente, mas causa influência sobre ele quando acaba por restringir sua incidência, no momento em que restringe as hipóteses fáticas às quais ele pode ser aplicado.

Em relação ao mecanismo distinguishing, há a distinção eis que neste há uma situação de fato que fastia a aplicação do precedente, diferentemente do overriding que tem relação com uma questão de direito, onde o afastamento ocorre por existir um novo entendimento.

⁵² DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p .495.

⁵³ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 507

Ainda, o autor Marcelo Alves Dias de Souza apresenta mais uma técnica, distinguindo-a das demais:

É importante distinguir ainda entre overruling e reversal. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão somente a reforma, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão ad quem altera o entendimento firmado pelo órgão a quo. O reversal não configuram pois, uma técnica de superação do precedente, mas apenas uma técnica de controle.

Portanto, o reversal, conforme mencionado, se distingue de todos os métodos anteriormente descritos, vez que não constitui um método de superação de precedentes como o overruling e o overriding, e tampouco diz respeito ao distinguishing, no qual ainda não há a incidência do precedente, mas sim sua análise.

5 DISTINÇÕES

Uma confusão que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, quando nos deparamos com o instituto do precedente, advindo de um sistema diferente do nosso, é entre precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes.

Portanto, se faz pertinente a distinção a seguir.

5.1 JURISPRUDÊNCIA

Do aspecto tradicional a jurisprudência se resume a atividade de interpretação da lei que está em evidência para solução do caso concreto, e sua repetição gera uma uniformidade⁵⁴.

Nas palavras do jurista José Rogério Cruz e Tucci:

Em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência – que é polissêmico – geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal.

Assim, compreendemos a jurisprudência como um conjunto de decisões, aplicadas à casos concretos, mas que nem sempre dizem respeito a mesma questão jurídica.

Portanto, utiliza-se a jurisprudência fazendo alusão, genericamente, a muitas decisões, o que gera uma dificuldade de se estabelecer qual tese é relevante ou quais dos julgados tratam de forma específica da interpretação de um fundamento à qual está relacionada a questão a ser apreciada. Deste modo, há certa complexidade em identificar qual a posição dominante⁵⁵.

Na verdade, em nossa experiência jurídica, num universo jurídico com mais de 50 tribunais de segundo grau, a respeito de muitas teses descobrem-se, não raro, num mesmo momento temporal, acórdãos contraditórios, evidenciando significativa ausência de uniformidade da jurisprudência e, como natural decorrência, conseqüente insegurança jurídica. E esse grave inconveniente pode ser inclusive constatado, por paradoxal que possa

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.607.p. 610.

⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

parecer, num mesmo tribunal, revelando divergência de entendimento, *intra muros*, entre câmaras, turmas ou sessões.⁵⁶

Desta forma é possível encontrar decisões que tenham posicionamentos opostos convivendo em um mesmo órgão, ou seja, a jurisprudência por si só não reflete um entendimento uniforme e pacificado.

No entanto, a jurisprudência pode gerar uma eficácia persuasiva, caso se possa demonstrar que determinado entendimento tem sido utilizado na solução de diversas demandas de forma reiterada, se mostrando uma posição uniforme e sedimentada.

O núcleo de cada um desses pronunciamentos se constitui, em princípio, em precedentes judiciais, sendo um ponto de convergência entre jurisprudência e precedentes que veremos com mais detalhes posteriormente.

5.2 SÚMULAS VINCULANTES

O artigo 103-A foi acrescentado à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Este dispõe que o Supremo Tribunal Federal pode aprovar enunciado sumular, após decisões reiteradas que envolvam matéria constitucional, com efeito vinculante. Este efeito obrigará os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais. Deste modo, a chamada súmula vinculante está prevista pelo que dispõe o referido artigo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma das fortes características da Súmula é seu efeito vinculante. Nas palavras de Fredie Didier:

⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

A principal característica do enunciado sumulado de que ora se fala consiste em que ele possui efeito vinculante em relação, obviamente, ao próprio Supremo Tribunal Federal, e aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito dentro do prazo de dez dias após a sessão em que foi ele aprovado (art. 2º, §4º, Lei n. 11.417/2006). Mas é possível que o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir de um momento posterior, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art 4º, Lei n.11.417/2006). Como se vê, é possível que o STF module os efeitos do enunciado sumular, postergando sua eficácia vinculativa para o futuro.

A segunda característica diz respeito ao objeto, sendo admitida apenas a edição de súmula vinculante cujo tenha por finalidade dirimir a interpretação ou a verificação da validade ou da eficácia de normas sobre matéria constitucional, que estejam sendo alvo de controvérsias entre órgãos judiciais, entre a administração pública que tenha o cunho de acarretar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre esta questão de forma relevante⁵⁷.

A terceira tem relação com a competência atribuída à edição de enunciados sumulares:

A princípio, somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para editar as súmulas vinculantes propriamente ditas, previstas no art. 103-A, CF e na Lei n. 11.417/2006. Conquanto não possam editar estes enunciados com força vinculante, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares podem propor ao STF a edição de súmulas vinculantes (art 3, XI, Lei nº 11.417/2006).

Desta forma, a competência de gerar súmulas vinculantes cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal.

Conforme já abordado anteriormente, o regime jurídico das súmulas tem formas peculiares de revisão ou cancelamento destas.

Haverá a revisão ou o cancelamento de uma súmula na hipótese em que for revogada ou modificada a lei na qual se fundou a edição da súmula, prevendo o legislador brasileiro, que o próprio STF pode proceder o overruling ou o overriding de um enunciado vinculante.

Entretanto, é apenas possível no ordenamento brasileiro a express overruling,

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 509

com o cancelamento/superação de forma expressa, não podendo haver a implied overruling, com o cancelamento/superação de maneira implícita da súmula vinculante, diante do devido processo legal estabelecido previamente.⁵⁸

Mas em relação às técnicas de restrictive distinguishing e ampliative distinguishing, não há regra no texto legal que impeça sua aplicação diante de um caso concreto que não se assemelhe à situação que deu ensejo à súmula vinculante.

Ainda há mais a característica da iniciativa, descrita pelo doutrinador:

O procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante pode ter início de ofício ou por provocação. De acordo com o §2º do art. 103-A da Constituição Federal, “ sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”⁵⁹

Assim, a súmula vinculante pode ser editada, revisada ou cancelada diante da proposta feita por todos aqueles elencados no artigo 3 da Lei n. 11.417/2006:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Por fim, há a questão do procedimento da edição, revisão ou cancelamento, que está regulamentado nas Resoluções 381 e 388/2008 do STF:

Segundo as Resoluções 381 e 388/2008, recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias. A petição contendo a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é autuada, no STF, como Proposta de Súmula Vinculante (PSV). A possibilidade de manifestação de interessados atende ao disposto no art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417/2006, e tem por objetivo ampliar, no âmbito social, a discussão acerca do conteúdo da proposta, no intuito de conferir maior legitimidade democrática à normatização empreendida pela Suprema Corte.

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p.510.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm.2015, p. 510.

Após o término do prazo, os autos serão encaminhados à Comissão de Jurisprudência, para no prazo de 5 dias haver a apreciação da adequação formal da proposta formulada. Com a manifestação da Comissão os autos serão submetidos à deliberação do Tribunal Pleno.

5.3 APONTAMENTOS

Diante do exposto anteriormente, pode-se concluir que um ponto semelhante entre todos eles, precedentes, jurisprudência e súmula vinculante, é que a sua produção se dá exclusivamente pelos Tribunais Colegiados⁶⁰.

Enquanto a jurisprudência se constitui em múltiplas decisões relativas a vários casos concretos, as súmulas vinculantes instituem um "método de trabalho" ⁶¹ organizando o trabalho de controle de interpretação, e os precedentes se resumem à ratio decidendi, tese jurídica adotada para dirimir casos concretos.

Conforme apontado anteriormente, a jurisprudência se perfaz nos pronunciamentos dos Tribunais Superiores, e seu núcleo constitui um precedente judicial, nascendo como uma regra relativa a um caso e poderá ter o destino de se tornar uma regra a ser aplicada em diversos casos análogos⁶².

Diferentemente da Súmula Vinculante, que firma uma determinada interpretação pra determinada norma jurídica, e da jurisprudência, que é utilizada como entendimento de um determinado Tribunal, o precedente sempre irá corresponder à tese ligada ao caso concreto. Desta forma, será sempre aplicada a interpretação da norma quando conectada ao caso concreto que foi objeto de sua criação.

Assim, quando se faz menção a um precedente refere-se a uma decisão em particular, enquanto que a jurisprudência alude à diversas decisões relativas à vários casos concretos distintos.

Aponta José Rogério Cruz e Tucci:

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil. v.2 .São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 610.

⁶² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

Diferentemente da citação da jurisprudência, na qual se reportam a trechos ou extratos mais ou menos sintéticos da motivação, o precedente somente é compreendido pela interpretação da controvérsia antes resolvida. É assim do cotejo — técnica do distinguish — da integralidade de pelo menos duas situações fáticas (a já julgada e a que está sob julgamento), que o julgador estabelece a relação de precedente aplicável ou não incidente ao caso concreto. Ressalte-se, a propósito, segundo precisa observação de Thomas Bustamante, que o distanciamento do precedente não implica seu completo abandono — “ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada” —, mas tão-somente a sua não aplicação em determinada hipótese concreta.

Deste modo, o precedente acaba por produzir uma regra universal, podendo ser aplicada como critério de decisão num caso posterior em função da identidade ou semelhança entre os fatos do caso que lhe deu origem e dos a serem julgados:

Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa*... É, com efeito, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e, portanto, ‘cria’ o precedente. A estrutura fundamental do raciocínio que leva a aplicar o precedente ao caso sucessivo é fundada sobre a comparação dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se descortinam estas condições, apenas um único precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso sucessivo⁶³.

Atualmente os tribunais superiores no Brasil tem a importante função de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito, com a utilização inclusive do sistema de precedentes.

Quando os tribunais enfrentam questões jurídicas de divergência, também produzem súmulas que se consubstanciam na enunciação de uma regra jurídica.

Tratando-se de uma redução substancial do precedente⁶⁴, a aplicação destas súmulas não se confunde com a analogia dos fatos, mas com a subsunção do caso sucessivo a uma regra de caráter geral.

A construção de súmulas remonta a uma prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Não deriva da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos. Por consequência, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada e assim não pode ser considerado um precedente em sentido próprio, mas apenas um pronunciamento judicial que

⁶³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

⁶⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula#_ftn1. Acesso em 20 de set.2016.

traduz a eleição entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas.

Sua finalidade consiste na eliminação de incertezas e divergências quanto a aplicação de uma norma jurídica, tentando assegurar uma uniformidade na interpretação do direito.

Portanto, pode-se concluir que estas três figuras do direito possuem alguns pontos de proximidade, mas não se tratam da mesma coisa. Infere-se que os precedentes são um conceito novo trazido ao direito brasileiro, por força do Código de Processo Civil de 2015, e não se assemelha a nenhuma estrutura que já possuímos.

6 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

O Código de Processo Civil de 2015 traz a implantação de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, através do artigo 927 dispendo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, surge o questionamento acerca de que tratamento será dado na implantação deste sistema, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é baseado no Civil Law e, em que medida se faz necessária esta implantação. Se é benéfica ou não para a construção e o desenvolvimento do nosso ordenamento, e ainda, se estamos caminhando para a criação de um sistema misto entre Civil Law e Common Law.

6.1 PRINCIPIOS NORTEADORES

6.1.1 Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um dos princípios norteadores do Código de Processo Civil de 2015, trazendo fundamento à necessidade dos precedentes judiciais. Para o doutrinador Humberto Ávila, é um dos princípios que “visa garantir racionalidade e efetividade ao Direito como um todo”.

Pode-se ver claramente que os precedentes, com a preservação do entendimento que foi adotado para dirimir casos anteriores, aplicando a tese jurídica utilizada para casos posteriores, são uma manifestação deste princípio.⁶⁵

Neste panorama os cidadãos podem ter certeza e segurança das consequências jurídicas que cada caso terá, tendo conhecimento da forma como o órgão jurisdicional irá julgar.

Em contrapartida, a mudança de posicionamento repentina gera uma afronta à segurança jurídica.

⁶⁵ PEDREIRA, Marília Cardoso da Silva. *Princípios norteadores da doutrina do precedente judicial*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55358&seo=1>>. Acesso em: 01 out. 2016.

A segurança jurídica é princípio fundamental à garantia das liberdades individuais, estando previsto no ordenamento jurídico pátrio em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo do art. 5^a, inciso XXXVI da Constituição Federal. Embora tal dispositivo vise à proteção de situações consolidadas, quais sejam, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, essa não é a única manifestação da segurança jurídica, que, como já salientado, impõe ainda a previsibilidade das consequências jurídicas atribuídas às ações dos indivíduos.

Assim, constituindo um princípio fundamental à garantia das liberdades individuais, é de suma importância que haja a observância da segurança jurídica. Portanto, parecendo que os precedentes afirmam essa característica, nos leva a crer que os precedentes judiciais, neste ponto, acabam por aperfeiçoar o direito.

Até mesmo porque há a necessidade dos cidadãos ter o conhecimento prévio das consequências dos atos que o praticarão e com a quantidade de leis, apenas o trabalho legislativo não se torna suficiente para gerar essa segurança.

As normas que são criadas ganham sentido a partir das interpretações dadas a elas, através de construções jurídicas, entendimentos jurisprudenciais, súmulas assim como os precedentes.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni defende que deve haver uma uniformização nas interpretações das normas, não restando dúvidas. E deste modo cada cidadão poderá direcionar as ações que quer tomar diante da segurança jurídica que a interpretação da norma e a aplicação dela assegurar.⁶⁶

6.1.2 Igualdade

Este princípio está previsto no artigo 5 da Constituição Federal, impondo um tratamento igual a todos sem distinções. E este princípio não apenas deve ser aplicado no momento de criação das leis, pelo Poder Legislativo, como também deve ser observado no momento de aplicação desta pelo Poder Judiciário.

Levando em conta que os precedentes vinculam as decisões a serem tomadas, haverá uma igualdade no tratamento das partes que figuraram nos polos processuais anteriores assim como figuram no caso em julgamento.

No entanto, é necessário ressaltar o princípio da isonomia, de que as discriminações injustificadas que não podem ser executadas, no entanto, há diferenças entre igualdade formal e a igualdade material. Deste modo, quando

⁶⁶ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *A força dos precedentes*. (Coord.), 2^a Ed., Salvador: JusPodivm, 2012, p.562-563.

houver alguma distinção no caso concreto que não permita que haja a aplicação uniforme do precedente, esta distinção deve ser levada em conta, sob pena de causar injustiças.⁶⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni, a doutrina brasileira leva pouco em conta o princípio da igualdade no momento da aplicação das decisões judiciais, dando mais ênfase à participação de forma igual pelas partes no processo, à igualdade no acesso à justiça e igualdade no procedimento⁶⁸.

Entretanto, afirma ele que uma vez que a decisão tem origem no sistema judicial, não é razoável ao juiz se contrapor à uma orientação firmada por um tribunal superior. Vez que a uniformidade constitui uma forma de legitimação das decisões perante a sociedade, que não é passível de decisões distintas diante de casos semelhantes.

6.1.3 Outros Princípios

O jurista Luiz Guilherme Marinoni ainda acrescenta a necessidade dos precedentes diante de outros princípios, como o da boa fé objetiva, da duração razoável do processo e da eficiência da tutela jurisdicional.

O princípio da boa fé objetiva impõe a coerência da atividade estatal, valorizando a previsibilidade nas decisões judiciais. Assim, o Poder Judiciário deve preservar as expectativas dos que se sujeitam a jurisdição, sem mudanças bruscas do entendimento.⁶⁹

Em relação à duração razoável do processo e a eficiência da tutela jurisdicional, pretendem garantir resultados, através de soluções rápidas para os processos.

O juiz deve trabalhar como administrador do processo, adotando as melhores medidas para gerir, obtendo resultados e um grau máximo de eficiência. Em vista disso, adotando os precedentes com forças vinculantes, faz com que o seu trabalho

⁶⁷ PEDREIRA, Marília Cardoso da Silva. *Princípios norteadores da doutrina do precedente judicial*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55358&seo=1>>. Acesso em: 01 out. 2016.

⁶⁸ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes, cit., 578-583.

⁶⁹ PEDREIRA, Marília Cardoso da Silva. *Princípios norteadores da doutrina do precedente judicial*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55358&seo=1>>. Acesso em: 01 out. 2016.

se torne mais racionalizado, com a redução da responsabilidade do julgador, e dando celeridade à atividade jurisdicional.

7 CONCLUSÃO

Por fim, diante de todo o exposto, pode-se concluir que o legislador apenas lançou ao novo código a utilização dos precedentes, sem que houvesse nenhuma diretriz apontando de que forma isso deve ser aplicado ou não.

Assim, é necessária que a discussão seja mais aprofundada até mesmo pela doutrina brasileira, para refletir e criar uma cultura jurídica no nosso ordenamento que possibilite nortear as construções relativas a este tema.

Pois sem esta maturidade, não haverá realmente a implantação dos precedentes, como ele foi criado e como é utilizada no sistema *common law*. Talvez seja pertinente, ante os princípios da segurança jurídica, da igualdade e os demais mencionados, que os precedentes sejam adotados, como também a necessidade e uma flexibilização entre o sistema *common law* e *civil law*, a fim de que permita que o ordenamento jurídico brasileiro se torne misto entre estes, se isto resultar num direito aperfeiçoado.

Apenas confundir os precedentes com súmulas vinculantes e jurisprudência, não resultará em mudanças, e haverá o risco de se ignorar o caráter uniformizador desta regra trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, cabe aos Tribunais Superiores, competentes para a criação destes precedentes, desenvolver o direito no tocante à aplicação desta inovação jurídica para o direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DIDIER SOUZA, Marcelo Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p.144 e 145.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 09 de set.2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**. v.2 .São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. **Força dos precedentes**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. **Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law**. 2014. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 05 de set.2016.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil**, Revista Dialética de Direito Processual Civil n. 85, abril 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009