



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS DE PALMAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINA AMERICO DE LIMA

**ANÁLISE CRÍTICA AO MODELO DE PRECEDENTES
JUDICIAIS ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Palmas/TO
2019

CAROLINA AMERICO DE LIMA

**ANÁLISE CRÍTICA AO MODELO DE PRECEDENTES
JUDICIAIS ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Monografia foi avaliada e apresentada à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino

Palmas/TO
2019

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins**

- L732a Lima, Carolina Americo de.
Análise Crítica ao Modelo de Precedentes Judiciais Adotado pelo
Código de Processo Civil Brasileiro. / Carolina Americo de Lima. –
Palmas, TO, 2019.
60 f.

Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins –
Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2019.
Orientador: Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino

1. Precedentes. 2. Código de Processo Civil. 3. Civil law. 4.
Common law. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de
qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que
citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime
estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

**Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da
UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).**

FOLHA DE APROVAÇÃO

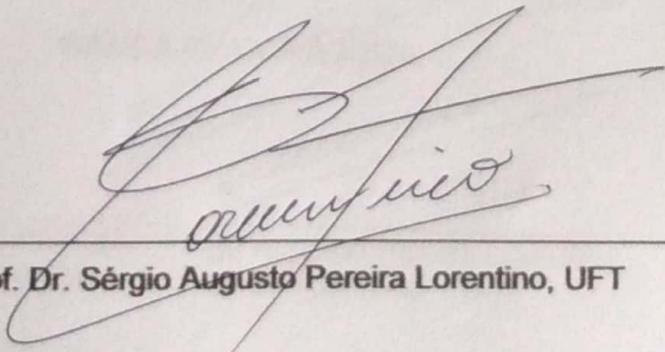
CAROLINA AMERICO DE LIMA

ANÁLISE CRÍTICA AO MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

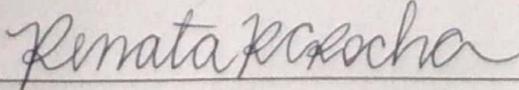
Monografia foi avaliada e apresentada à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Data de aprovação: 26 / 11 / 19

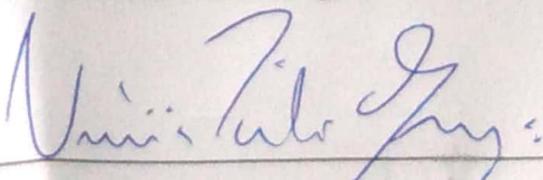
Banca Examinadora



Prof. Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino, UFT



Prof. Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, UFT



Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques, UFT

Palmas, 2019

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por tantas bênçãos concedidas, pelas batalhas vencidas, pela força e disposição renovada a cada dia e pelo discernimento concedido durante toda essa trajetória que até aqui percorri.

Agradeço também a minha amada família, ao meu querido pai Manoel, minha estimada mãe Luzia e meus irmãos Davi e Camila, vocês são a razão de todo o meu esforço, de toda minha luta e dedicação, vocês são o meu apoio, o meu refúgio e detentores da minha fonte inesgotável de amor e carinho. Obrigada por acreditarem em mim, por depositarem em mim esperança e estarem sempre ao meu lado. Sou grata por tudo que vocês são e representam na minha vida.

Meus agradecimentos aos meus amigos da faculdade, Crislaine, Pâmela e Tiago companheiros de trabalhos e meus irmãos nesta caminhada dentro da Universidade.

Aos meus amigos de infância, em especial à Luiza que esteve ao meu lado em todos os principais momentos da minha vida até aqui e mesmo em grandes distâncias sempre se fez presente nos meus dias.

Gostaria de agradecer a todos os meus queridos professores que até aqui contribuíram com conhecimento e apoio, todos vocês foram de grande importância e ficarão para sempre em minha memória.

Por fim, de forma muito especial, meus agradecimentos ao meu orientador desta pesquisa, o Professor Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino que me auxiliou com muita paciência e dedicação neste momento bastante desafiador que é o final da jornada acadêmica, sendo com imenso orgulho ter sido sua orientanda.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro é baseado no modelo jurídico de tradição de *civil law*, este sistema adota a lei como principal fonte de direito. Entretanto, desde a Constituição de 1988 existe uma evidente aproximação do modelo de *common law*. Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil inseriu em seu texto o instituto dos precedentes judiciais, tema este que tem gerado bastante debate na comunidade jurídica. Com o escopo de garantir segurança jurídica e celeridade processual esta técnica foi introduzida no direito brasileiro à custa de violações de direitos fundamentais tão importantes quanto à duração razoável do processo e segurança das decisões judiciais. Este trabalho busca elaborar uma análise crítica desta técnica de uniformização da jurisprudência incorporada na prática forense brasileira primando pelo respeito aos valores defendidos pela Constituição Federal e em respeito aos princípios do Código de Processo Civil. Para a devida compreensão do tema utilizou-se de obras bibliográficas, além do estudo documental da legislação vigente no país.

Palavras-chaves: Precedentes. Código de Processo Civil. Direitos fundamentais. Common law. Civil law.

ABSTRACT

The Brazilian legal system is based on the legal model of tradition of civil law, this legal system adopts the law as the main source of law. However, since the 1988 Constitution there has been a clear approximation of the common law model. In this sense, the current Code of Civil Procedure inserted in its text the institute of judicial precedents, a theme that has generated much debate in the legal community. In order to ensure legal certainty and procedure speed, this technique was introduced into Brazilian law at the expense of fundamental rights violations as important as the reasonable length of the process and the safety of court decisions. This paper aims to elaborate a critical analysis of this technique of standardization of jurisprudence incorporated in Brazilian forensic practice, striving for respect for the values defended by the Federal Constitution and respecting the principles of the Code of Civil Procedure. For the proper understanding of the theme it was used bibliographic works, besides the documentary study of the legislation in force in the country.

Key-words: Precedents. Code of Civil Procedure. Fundamental rights. Common law. Civil law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Nº	Número
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	12
2.1	Breve histórico dos sistemas jurídicos da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>.....	12
2.2	Origem e fundamentos da teoria dos precedentes judiciais.....	16
3	MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	22
3.1	Distinções conceituais entre jurisprudência, súmula e precedente.....	22
3.1.1	Jurisprudência e precedente.....	22
3.1.2	Súmula e precedente.....	24
3.1.3	Súmula vinculante e precedente.....	25
3.2	Utilização dos precedentes no Brasil.....	27
4	COMO O ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INFLUENCIA O PODER DECISÓRIO DOS JUÍZES.....	35
4.1	Os provimentos judiciais previstos no artigo 927 do CPC são persuasivos ou obrigatórios.....	35
4.2	Precedente judicial produz norma?.....	38
4.2.1	Caráter (anti)democrático do precedente no Brasil	41
4.3	Colisão entre o poder criativo do juiz e o sistema de precedentes	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
	REFERÊNCIAS.....	

1 INTRODUÇÃO

Em março de 2015 foi sancionado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. O Projeto de Lei deste Código teve início em 2010, contando assim, com cinco anos de muitos debates em busca de construir um Código de Processo Civil que corresponda aos anseios dos juristas e da sociedade atual.

O aumento das demandas e a morosidade judicial são problemas que o Judiciário enfrenta na atualidade e com o intuito de solucionar estes problemas o Código de Processo Civil criou uma série de mecanismos para tornar o judiciário brasileiro mais célere. Neste sentido, foi inserido no CPC/2015 o instituto dos precedentes judiciais.

A teoria dos precedentes judiciais é originária do sistema jurídico inglês, que tem como tradição o *common law*, em que as decisões judiciais são fontes imediatas do direito. O Brasil, por outro lado, tem como base o sistema normativo do *civil law* assentado em um processo legislativo que cria leis abstratas e gerais com o objetivo de englobar uma pluralidade de casos futuros.

Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança nas concepções essenciais do *civil law*, uma vez que o juiz deixou de ser um mero intérprete da lei para ter a prerrogativa de verificar se a mesma está de acordo com o que é previsto na Magna Carta, por meio do controle de constitucionalidade.

Existem inúmeras discussões acerca do referido tema, tendo em vista que o Código de Processo Civil importou um instituto jurídico estrangeiro e com base sociológica diversa. Neste sentido, buscamos responder a seguinte indagação “A teoria dos precedentes judiciais se adequa aos princípios basilares da justiça brasileira e do Código de Processo Civil?”.

Nesse sentido, o objetivo que originou esta pesquisa busca entender quais os parâmetros da importação dos precedentes judiciais para o sistema jurídico brasileiro. Para elucidá-lo foram levantados os seguintes objetivos específicos: entender como ocorre à aplicação dos precedentes judiciais no Brasil; estudar os mecanismos de uniformização da jurisprudência adotados pelo Código de Processo Civil e analisar como o artigo 927 do CPC/15 influencia o poder decisório dos juízes de primeiro grau.

O artigo 927 do Código de Processo Civil inova na ordem jurídica de uma maneira bastante particular, tendo em vista que importa um instituto jurídico estrangeiro, que são os precedentes judiciais, de maneira rígida, com a justificativa de garantir a segurança jurídica e sem fazer as devidas reflexões de como o mesmo pode ser adaptado à realidade brasileira.

A importação deste instituto carece de estudo e divulgação de como ocorrerá a sua aplicação prática haja vista que o mesmo não se assemelha a nenhum outro método de uniformização de jurisprudência adotado no Brasil. A discussão sobre como ocorrerá à aplicação dos precedentes obrigatórios é muito importante, pois este instituto tem a possibilidade de modificar o modo como os juízes de primeiro grau e tribunais estaduais executam os seus atos. Isto ocorre porque o referido tem a capacidade de vincular os precedentes judiciais a casos futuros, com aplicação obrigatória.

Tendo em vista que grande parcela da doutrina tem se posicionado positivamente em relação ao tema busca-se realizar uma análise crítica acerca do assunto pontuando os principais pontos positivos e negativos da importação dos precedentes para o Sistema Jurídico Brasileiro.

Para a realização desta pesquisa será utilizado o método hipotético-dedutivo, criado por Karl R. Popper com o propósito de realizar uma análise crítica a respeito do tema. Conforme discutido por Prodanov e Freitas (2013, p. 32) o método hipotético-dedutivo tem início com a existência de um problema na comunidade científica, com o objetivo resolvê-lo cria-se hipóteses com certa viabilidade de ser verdadeira, em seguida é realizado o falseamento das mesmas para que seja possível comprovar ou não as hipóteses apresentadas.

O estudo em apreço possui abordagem qualitativa uma vez que busca entender a motivação das coisas, ao passo que não serão computados dados. A pesquisa abrange um universo de crenças, valores, significados que não podem ser reduzidos a números. Nesse sentido, Gerhardt e Silveira (2009, p. 32) elucida que “a pesquisa qualitativa preocupa-se, portanto, com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais”.

Partindo de uma análise documental em que serão utilizados “materiais que não recebem ainda um tratamento analítico” (GIL, 2002, p. 46) será manuseado o Código de Processo Civil, essencialmente os artigos 8º e 927 para que seja possível

entender como o legislador interpreta como correta a aplicação dos precedentes obrigatórios. Posteriormente, será averiguado se a maneira como os precedentes são aplicados no Brasil não fere o artigo 8º do aludido código, considerado princípio do processo civil.

Serão utilizados os principais doutrinadores e juristas da área processualista com o objetivo de realizar uma pesquisa bibliográfica do assunto. Os conceitos a serem analisados estarão interligados a importação da teoria dos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil Brasileiro. Nesse sentido, como o Brasil faz parte de um sistema jurídico de *civil law* e os precedentes judiciais são de origem *common law* serão estudados estes institutos afim de que se compreenda a formação dos referidos sistemas jurídicos e como eles podem coexistir em uma mesma realidade.

Importante ressaltar que serão estudados autores com diversas compreensões sob o tema com o objetivo de trazer um diálogo entre os mesmos e analisar qual o melhor caminho a ser percorrido na atual conjuntura brasileira.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Em um primeiro momento faz-se necessário a elucidação dos aspectos históricos atinentes ao fenômeno dos precedentes judiciais, para tanto será abordado a historicidade da tradição jurídica do *common law*, considerado o berço dos precedentes. Bem como será feita uma explanação sobre as características marcantes da *civil law* e como ocorreu a sua construção no decorrer da história, tendo em vista que este é o sistema jurídico adotado pelo Brasil.

Ademais, é relevante que se faça uma breve elucidação do modelo clássico dos precedentes, existentes em países de tradição de *common law*, entendendo os seus fundamentos e o modo de utilização, para que assim seja possível compreender, posteriormente, como ocorre a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Breve histórico dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*

O início do *common law* é datado pelos historiadores no ano de 1066, momento em que ocorreu a invasão normanda na Inglaterra, momento este em que houve a construção das principais teorias que fundamentam o sistema jurídico em questão, sendo que o mesmo foi construído com base nos costumes locais.

Cruz e Tucci relata que desde o início deste sistema jurídico havia a preocupação com a possibilidade de julgamentos contraditórios (TUCCI, 2004, p. 259), por este motivo surge a precaução por conservar a estabilidade das decisões judiciais resultando no conceito de segurança jurídica.

Naquela época o acesso à justiça era bastante dificultoso e muitos casos acabavam sem solução. Deste modo, àqueles que não tinham como acessar a justiça ou estavam insatisfeitos com decisões proferidas pelos Tribunais se dirigiam ao Rei em busca de uma solução mais satisfatória para os conflitos.

Assim, surge a *equity law*, que consiste no fato de o Rei extrair uma regra do caso particular para posteriormente aplicá-la em casos análogos. Neste período a *equity law* e o *common law* não se confundiam, pelo contrário, eram sistemas jurídicos diferentes que conviviam em um mesmo país. Os Tribunais, inclusive não concordavam que um julgamento pudesse ser baseado apenas pela consciência do Rei de forma, muitas vezes, discricionária.

Estes dois sistemas jurídicos coexistiram até 1873 quando foi criada a *Judicature Act*, ou seja, a primeira Lei de Organização Judiciária da Inglaterra, momento em que reuniu o *common law* com a *equity*.

Cristiane Druve Tavares Fagundes dispõe que mesmo nos países que seguem o sistema jurídico do *common law* há diferenças substanciais que tornam particular o judiciário de cada país.

Atualmente, como dois grandes paradigmas, são referências as estruturas de dois países que classicamente adotam a família do *common law*: Inglaterra e Estados Unidos da América, apesar de haver outros (geralmente também de língua inglesa) que integram esse modelo de direito. Não se deve olvidar, porém, que até mesmo esses dois países apresentam diferenças cruciais entre si. Apenas para citar algumas relevantíssimas distinções, podem ser mencionadas a existência de Constituição escrita nos Estados Unidos e a afirmação de sua supremacia sobre as demais leis (o que inexistente na Inglaterra) e, ainda, o fato de o Estado americano ser uma federação e seu Poder Judiciário fortemente descentralizado (ao contrário da organização judiciária inglesa (FAGUNDES, 2018, p. 25)

Apesar de haver grandes diferenças no sistema jurídico dos Estados Unidos e da Inglaterra é possível determinar que os dois apresentam o modelo de *common law*, uma vez que os mesmos dão ao Judiciário o poder de emitir fontes primárias de direito ao proferir suas decisões judiciais.

Apesar de os precedentes judiciais serem utilizados desde um período distante, o surgimento da ideia do *stare decisis* é relativamente recente, portanto, apesar de ser um importante instrumento de aperfeiçoamento do sistema jurídico, ele não é imprescindível para a sua existência. É perfeitamente possível a manutenção do *common law* sem a existência de precedentes vinculantes para o seu correto funcionamento.

O *civil law*, por outro lado, é o sistema jurídico mais difundido no planeta, o seu marco inicial ocorreu com a criação do *Corpus Iuris Civilis*, obra esta que consistia em um compilado de textos e regramentos jurídicos, criados por Justiniano, em Roma. Posteriormente houve a codificação do Direito Romano com o objetivo de reunir e organizar todos os escritos existentes para um controle eficaz da conduta dos cidadãos. Neste sentido o direito romano inaugura um sistema jurídico baseado em códigos que buscam normatizar todas as áreas possíveis de atuação jurídica.

O *civil law* também tem outro marco histórico importante para a sua devida compreensão que ocorreu durante a Revolução Francesa, inspirada por autores com

pensamentos liberais responsáveis por uma grande transformação na estrutura do Estado francês, influenciando também a ocorrência de outras Revoluções.

Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, defendia que o poder executivo, legislativo e judiciário deveriam ser independentes; Rousseau também contribuiu grandemente ao criar conceitos como a soberania do povo, tirando o poder do príncipe para torná-lo direito do povo e pela sua ideia de que somente a lei é capaz de definir a vontade da Nação.

Neste momento, como afirma Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares, os poderes dos juízes foram limitados com o objetivo de conter os abusos que ocorriam por parte do Monarca e dos juízes.

Nesse sentido, a supremacia do Legislativo também se fazia presente sobre o Poder Judiciário, submisso à lei, a quem cabia o poder restrito de afirmar, declarar, enunciar o texto produzido pelo Parlamento. Ao juiz francês não era dado o poder de interpretar a norma emanada pelo legislativo, razão pela qual se formou o conceito de *juge bouche de la loi* (juiz boca da lei). O juiz, na França, estaria sujeito apenas à Corte de Cassação, cuja incumbência se restringia a cassar decisões judiciais prolatadas em desacordo com a interpretação tida como correta pelo Legislativo. (GONÇALVES; VALADARES, 2014, p. 2)

Dessa forma, o *civil law* foi construído a partir da codificação de leis, cuja função originária é precisamente emanar normas abstratas com o objetivo de orientar o comportamento da sociedade, assim acreditava-se que com a criação de leis claras e precisas era possível alcançar a igualdade entre os cidadãos.

Esta foi a maneira encontrada para diminuir o poder dos juízes, evitando arbitrariedades, haja vista a desconfiança adquirida pela sociedade em relação aos juízes que apresentavam posição política favorável ao monarca. “Acreditava-se que reduzindo o poder de atuação do juiz por meio de rígidas formas processuais, garantia-se ao litigante a certeza de um processo judicial direcionado nos exatos termos da lei” (MORETTI, 2014, p. 19)

Diferença marcante entre estes dois sistemas jurídicos é a forma como ocorre à atuação dos advogados e dos juízes na condução do processo. No modelo romano-germânico predomina o princípio inquisitivo, em que o juiz assume um protagonismo ao atuar de forma a garantir o devido contraditório, não ficando este papel a cargo apenas dos advogados, exercendo assim um verdadeiro ativismo judicial. (DINAMARCO, 2016, p. 364). Por outro lado, nos países de tradição

common law a atuação do juiz é limitada em favor de maior atuação das partes no processo, sendo estes os principais condutores do litígio.

Outra característica marcante que diferencia os dois sistemas jurídicos são as decisões judiciais, que no *civil law* não são consideradas fonte formal do direito, como no *common law*. As mesmas podem ser utilizadas como jurisprudência com o objetivo de persuadir o juiz para que o entendimento seja reiterado em decisões futuras, isto é, este foi o entendimento predominante da justiça brasileira até a criação do Código de Processo Civil de 2015.

Todavia, as leis não conseguem englobar todas as ações do ser humano. Em muitos aspectos, o judiciário do *civil law* não consegue proteger seus cidadãos, da maneira devida, por não haver lei que tutela o caso concreto. Como Moretti destaca “ocorre que mesmo encontrando limites de ordem legal, a ampla liberdade de interpretação do comando legal acarreta, inevitavelmente, decisões judiciais opostas para casos que deveriam receber a mesma solução jurídica”. (MORETTI, 2014, p.23)

Nesse sentido, os países de tradição romano-germânica percebendo que somente a lei não consegue trazer justiça para o caso concreto passam a tomar uma série de medidas em busca da maior efetividade do judiciário na resolução dos conflitos.

Assim, as Constituições passam a serem responsáveis por delinear a medida da jurisdição ao criar uma série de princípios que deverão ser respeitados pelas demais normas, deste modo, a lei passa a não apresentar valor por si mesmo. A Constituição, neste momento, confere ao juiz um papel interpretativo, pois o mesmo torna-se o responsável por definir se a lei respeita ou não a Carta Magna.

Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni dispõe que:

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (MARINONI, 2009, p.39)

Neste contexto, o *civil law* tem atribuído gradualmente mais importância aos julgados e aos entendimentos fixados pelos tribunais superiores. Por outro lado, o *common law* também tem se aproximado da tradição romano-germânica ao apresentar novas leis escritas sempre que incorpora um tratado em seu ordenamento jurídico.

Portanto, é possível constatar uma recente aproximação entre tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Para Barbosa Moreira o que assistimos é uma gradual aproximação de dois círculos, anteriormente afastados por uma grande distância. É chegada a hora destes círculos se tornarem tangentes ou, até mesmo, secantes, assim existirá uma área comum entre ambos, mas também haverá, nos dois círculos espaços em que manterá a diferenciação destes dois institutos (MOREIRA, 2004, p. 84).

Recentemente, o Brasil importou para o seu sistema jurídico o instituto dos precedentes judiciais, originário do *common law*. Este é um ótimo exemplo de aproximação entre estes modelos jurídicos. Entretanto, como bem afirma José Carlos Barbosa Moreira é necessário que haja cautela ao misturar elementos destes institutos, pois é relevante fazer uma aferição da compatibilidade entre o elemento incorporado pelo sistema jurídico, sob pena de rejeição na prática jurídica (MOREIRA, 1998, p. 91).

Desta forma é de suma importância a compreensão sobre como ocorre a utilização dos precedentes judiciais nos países de tradição *common law*, para que seja possível entender se este instituto se adequa ou não a prática jurídica brasileira.

2.2 Origem e fundamentos da teoria dos precedentes judiciais

Como necessária premissa ao cerne do presente trabalho que é a análise do modelo de precedentes brasileiro, será objeto de abordagem o modelo clássico de precedentes, existente em países de tradição de *common law*, naquelas características em que, dentro das inúmeras diferenças entre cada país adotante dessa família, se possam localizar pontos de contato. Para que assim seja possível fazer um paralelo ao modelo brasileiro.

Cristiane Druve Tavares Fagundes analisa como ocorre a evolução do direito no common law da seguinte forma:

Toda a construção do direito de *common law* gira em torno da manutenção dos entendimentos fixados pelos tribunais em casos idênticos. Trata-se de premissa inafastável do próprio sistema: não existe, nem mesmo abstratamente, um país de *common law*, que não tenha seu direito fulcrado no respeito às teses jurídicas fixadas pelos tribunais. Pode haver variação na intensidade da vinculação ou mesmo na estrutura da organização judicial de cada país, mas é certo que, em todos os países de *common law*, existe a premissa da manutenção do princípio jurídico afirmado pelos tribunais aos casos similares subsequentes. (FAGUNDES, 2018, p. 46)

A teoria do *stare decisis* é a base dos precedentes judiciais, ela é aplicável quando os fatos do caso precedente são semelhantes ao fato atual, conseqüentemente a sentença, deverá ser a mesma para os dois acontecimentos, aplicando o primeiro caso como precedente ao segundo.

Dependendo do sistema jurídico em que os precedentes estão inseridos eles podem ser considerados vinculantes ou persuasivos. O precedente é persuasivo quando o julgador utiliza do mesmo como fundamento para sua decisão, sem que seja obrigatória a sua observância. Já o efeito vinculante, ou *stare decisis*, ocorre quando o julgador deve aderir obrigatoriamente à decisão anterior considerada um paradigma (MORETTI, 2014, p. 28).

Como Henry Campbell Black (p. 209, 1912) afirma, quando o precedente se torna vinculante ele se torna uma regra a ser seguida em todos os casos subsequentes, neste momento não há mais reconsiderações em relação ao ponto jurídico fixado, a não ser que ele seja superado. (apud FAGUNDES, p. 49, 2018)

Em suma, o precedente é o julgado, ou apenas parte de um julgado, em que a *ratio decidendi*, poderá ser utilizada como argumento para fundamentar decisões futuras que tenham similaridade fática do caso concreto (FIORAVANTI, 2017, p. 26). Nessa perspectiva, tem que se construir uma decisão judicial com fundamentos bastante categóricos, com todos os elementos essenciais que se possa extrair de um precedente com a finalidade de que seja capaz de vir a ser considerado um paradigma em situação futura.

Para Cruz e Tucci o precedente judicial apresenta duas partes principais: as circunstâncias fáticas do caso concreto e a *ratio decidendi*, que consiste na tese que justifica a decisão (CRUZ E TUCCI, 2004, p.12). Portanto, percebe-se que a parte principal da decisão é a *ratio* na construção de um precedente. Uma *ratio decidendi* bem formada é responsável por influenciar casos futuros com bastante propriedade.

Wambaugh faz uma explicação acessível para que consigamos distinguir o que é ou não uma *ratio decidendi* em uma sentença.

Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Então, é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só há precedente se a resposta for negativa. (MARINONI, 2016, p. 163)

Se a resposta for positiva, então o que existe ali é uma *obiter dictum*. Isto porque uma nova proposição, com sentido invertido, deveria construir uma nova

decisão. Todavia, Marinoni faz uma crítica a este método ao afirmar que uma decisão pode apresentar dois fundamentos diversos responsáveis por levar a uma mesma solução. E conclui “quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão” (MARINONI, 2016, p. 164)

Tendo em vista as falhas existentes na metodologia de Wambaugh, Goodhart criou outro método para distinguir o que é a *ratio decidendi* em uma sentença. Para ele, devem-se analisar todos os fatos considerados pelo juiz e posteriormente estabelecer quais fundamentos o mesmo considerou como materiais. Esta é a teoria utilizada na atualidade para encontrar a *ratio decidendi*. Importante enfatizar que a Corte que está vinculada aos precedentes deverá, necessariamente, chegar à mesma solução do precedente.

Existe uma ampla discussão sobre como definir a *ratio decidendi* em uma decisão judicial, isto ocorre porque é ela a responsável por criar um paradigma que poderá ser aplicada em casos semelhantes, ou seja, a *ratio* é o elemento central capaz de vincular a decisão de um caso pretérito à situações futuras.

A *obiter dictum* é outro conceito extremamente importante para que haja uma eficaz elucidação dos elementos integrantes do precedente. Ela está intimamente ligada ao conceito da *ratio decidendi*, sendo de suma importância saber distinguir se determinado fragmento da decisão é uma *obiter dictum* ou uma *ratio decidendi*.

A *obiter dictum*, em sua essência, diz respeito às questões discutidas no processo judicial que não são necessárias para alcançar a decisão. Neil Duxbury (p. 68, 2008) esclarece que “as passagens que são *obiter dicta* apresentam-se de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir” (apud MARINONI, 2016, p. 170).

Cristiane Druve Tavares Fagundes define a *obiter dictum* da seguinte maneira:

O *dictum* pode ser, portanto, respeitado pela eloquência de suas razões, pelo órgão que proferiu a decisão, pela respeitabilidade de seu prolator, mas não vinculará outros tribunais que posteriormente analisarem casos que envolvam essa questão jurídica. E assim é pelo fato de que não necessariamente o *obiter dictum* foi devidamente exposto ao contraditório entre as partes nem mesmo à efetiva análise dos julgadores do precedente. Logo, não pode gozar

da mesma autoridade atribuída a *ratio decidendi* (FAGUNDES, 2018, p. 83).

Caso o advogado de uma das partes do processo entenda que os fatos do caso concreto não se adequam aos fatos do precedente ele terá uma ferramenta disponível chamada *distinguishing*. O “*distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos” (MARINONI, 2016, p. 232).

Nesse mesmo sentido, Moretti complementa que em determinados casos, por mais que apresentem algumas semelhanças fáticas, deve-se argumentar que o acontecimento recente necessita de apreciação, pelo julgador, de situações não enfrentadas no precedente, não cabendo assim a sua aplicação (MORETTI, 2014, p. 32). Cabe ressaltar que o *distinguishing* não permite a superação do precedente. Nesse contexto, o mesmo continua sendo aplicado na prática jurídica, ele apenas não se compatibiliza ao caso concreto em discussão.

Quando o precedente se torna ultrapassado ou percebe-se que a sua aplicação não resolve o caso com justiça e equidade é possível que exista a superação do mesmo pela Corte, revogando-o, este mecanismo é chamado de *overruling*. Marinoni disserta sobre o assunto da seguinte forma:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta. (MARINONI, 2016, p. 254)

A utilização do *overruling* deve ser empregado com bastante cautela, pois como todo o sistema do *stare decisis* é baseado na consistência das decisões judiciais aplicadas como precedentes, a sua superação irá orientar toda uma comunidade jurídica a pensar de forma diversa sobre àquele assunto. Assim, um precedente deve ser revogado quando ele não corresponde mais aos anseios e os costumes da população e da comunidade jurídica. Este é o principal meio de evolução do direito no *common law*.

O *overruling* pode ocorrer de maneira horizontal ou vertical. A superação do precedente ocorrerá de maneira horizontal quando o órgão que criou o precedente o

revoga. Em contrapartida, o *overruling* ocorrerá de modo vertical quando uma corte superior revoga um precedente de tribunal inferior.

Nos Estados Unidos existe a utilização de uma técnica que ocupa um espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. É o que se chama de *technique of signaling*, consiste em ignorar o precedente quando este não corresponde mais aos anseios da população, não o utilizando nos casos que surgirem, mas sem fazer a *overruling*. Isto ocorre com o objetivo de manter a segurança jurídica e sinalizar que futuramente o precedente será revogado. “Fatores de ordem social ou sistêmica implicam na superação do precedente judicial, sendo que uma ruptura abrupta e inesperada da jurisprudência implica em consequências nefastas porque compromete o princípio da segurança jurídica” (CARREIRA, 2013, p. 102)

Neste mesmo sentido, Marinoni dispõe que:

Porém, embora não ocorra *overruling*, entende-se necessário comunicar que o precedente, que até então orientava a atividade dos jurisdicionados e a estratégia dos advogados, será revogado, evitando-se, com isso, que alguém atue em conformidade com a ordem estatal e, ainda assim ou por isso mesmo, seja prejudicado em seus negócios ou afazeres ou, em suma, em sua esfera jurídica. Frise-se que os litigantes, no caso concreto em que se faz a sinalização, não são pegos de surpresa, já que a decisão é orientada pela *ratio decidendi* em vias de revogação, tudo em respeito à confiança na autoridade dos precedentes judiciais. (MARINONI, 2016, p. 238)

Outra possibilidade de superação do precedente é o que intitulam de *transformation*, este conceito constitui-se na transformação do sentido do precedente. Isto ocorre quando um precedente já em desuso surge para apreciação em um caso concreto atual e a corte então decide modificar o seu significado para se adequar as necessidades contemporâneas. A grande vantagem de se utilizar o *transformation* em relação ao *overruling* consiste no fato daquela oferecer maior segurança jurídica, conceito tão indispensável nos países de *common law*.

Apesar disso, em caso de reconhecimento de erro de julgamento, em que a parte favorecida na decisão judicial deveria ser à diversa da que ocorreu, somente será possível a utilização do *overruling*, pois a *transformation* permite apenas que haja um erro de raciocínio, não um erro de julgamento.

Overriding é mais um conceito importante para a devida compreensão dos precedentes. O objetivo desta estratégia é apenas restringir o âmbito de atuação do precedente, como uma espécie de revogação parcial do precedente. Ele é utilizado quando uma nova situação surge que não estava previsto na época de sua

formulação, portanto, como há fato novo a *ratio decidendi* não se aplica mais a todos os casos que vierem a ocorrer, surgindo a necessidade de restringir o seu alcance.

Para finalizar, outra técnica utilizada nos Estados Unidos é a elaboração de distinções inconsistentes. Marinoni conceitua a aludida técnica da seguinte forma:

Por esta técnica, o tribunal deixa de lado anterior entendimento sem revogar o precedente que o abriga, assim como procede quando faz a *transformation*. Porém, do mesmo modo que ocorre frequentemente no *overriding*, aqui o entendimento é revogado apenas parcialmente. (MARINONI, 2016, p. 249)

Neste sentido, é importante esclarecer que não há *overruling* neste caso, tendo em vista que não há revogação expressa do precedente, nem abandono total do mesmo. O que ocorre neste momento é uma negação parcial, semelhante ao *overriding*, entretanto, ainda assim, há uma diferença substancial, pois neste a “distinção é consistente com as razões que dão base ao precedente” (MARINONI, p. 249, 2016), enquanto que na elaboração de distinções inconsistentes, como o nome mesmo diz, as distinções são inconsistentes em relação à tese que justifica o precedente.

3 MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA UTILIZADOS NO BRASIL

Em meio a um judiciário abarrotado de processos em andamento e com uma morosidade crescente a comunidade jurídica viu-se em uma situação problemática, pois o judiciário acaba deixando de fazer justiça ao demorar tanto tempo para apreciar o caso. Nesse sentido, o legislativo aprovou em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, a inclusão do inciso LXXVIII, ao art. 5º da Carta Maior, estabelecendo a razoável duração do processo como uma garantia constitucional.

Ao longo dos anos surgiram vários mecanismos de uniformização de jurisprudência com o intuito de desafogar o judiciário, entre eles estão o instituto da Súmula e da Súmula Vinculante e mais recentemente a utilização dos precedentes vinculantes, introduzido pelo atual Código de Processo Civil. Neste diapasão também são utilizadas as jurisprudências dos Tribunais de Justiça como forma de orientar o magistrado a decidir de determinada maneira, evitando assim que recursos em excessos subam aos tribunais superiores.

3.1 Distinções conceituais entre jurisprudência, súmula e precedente

3.1.1 Jurisprudência e precedente

Segundo o glossário do Supremo Tribunal Federal (2019) jurisprudência é “1. Conjunto de decisões reiteradas de juízes e tribunais sobre algum tema. 2. Orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes” (JURISPRUDÊNCIA, 2019)

Mancuso conceitua jurisprudência como “o produto otimizado da atividade final dos Tribunais, configurando-se quando uma coleção de acórdãos acerca de uma dada questão jurídica está alinhada sob uma mesma vertente exegética, cuja reiteração pode agregar a jurisprudência os qualificativos dominantes” (MANCUSO, 2016. p.119)

O art. 926 do Código de Processo Civil determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Portanto, por mais que juízes de primeiro grau possam criar decisões que

orientem outros magistrados a decidir de determinada maneira, é papel dos tribunais regionais ou superiores a uniformização de suas jurisprudências.

Este é um artigo que busca amenizar um sério problema existente no judiciário brasileiro, que consiste nas inúmeras divergências entre as turmas e desembargadores de um mesmo tribunal ao analisar assuntos semelhantes, gerando assim uma insegurança jurídica tremenda.

Teresa Arruda Alvim Wambier aponta que:

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas. (...) Além disso, enfrenta-se também, no Brasil, um outro fenômeno indesejável, consistente na frequente alteração brusca de orientação dominante nos tribunais (WAMBIER, 2012, p. 36).

Algo bastante trabalhoso de ser definido é a existência de jurisprudência dominante. Como é possível definir que uma determinada jurisprudência se tornou dominante no Brasil? Mancuso indica duas maneiras de apreciar esta questão: a quantitativa, em que a jurisprudência dominante está relacionada ao número de acórdãos decididos de um mesmo modo, tornando assim, dominante, no sentido volumoso do termo; outro método é o qualitativo, onde alguns acórdãos, que apresentam relevância temática adquirem certa importância capaz de nortear a resolução de casos futuros (MANCUSO, 2016, p.146).

A jurisprudência pacificada, por outro lado, é mais fácil de ser compreendida tendo em vista que um tema se torna pacificado quando não há mais controvérsia nos tribunais sobre o assunto.

O precedente, em contrapartida, para que ele seja assim considerado, basta a existência de apenas uma decisão judicial utilizada posteriormente em um caso concreto, assim um precedente típico do *common law* está formado.

Michelle Taruffo complementa que o precedente pode gerar uma regra universal que tem a possibilidade de ser aplicada como paradigma para influenciar casos posteriores utilizando a analogia (TARUFFO, 2011, p. 3).

Outra questão que difere estes dois institutos é a importância que o precedente dá para a semelhança fática entre o caso *sub judice* e o anterior. A jurisprudência, entretanto analisa o direito e não dá relevância se há equivalência entre os fatos analisados.

3.1.2 Súmula e precedente

A súmula surge em meados da década de 1960, criada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de orientar a maneira como os magistrados das instâncias inferiores devem decidir sobre determinadas questões. Barbosa Moreira acredita que a criação das súmulas representou uma aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao instituto dos precedentes judiciais (MOREIRA, 2007, p. 312).

Segundo entendimento de Marcos Serra Netto Fioravanti:

Foram as súmulas idealizadas para serem enunciados abstratos, desvinculados dos casos repetitivos em si, e como vetores tendentes a uniformizar os entendimentos jurisdicionais sobre uma reiterada disputa, ou sobre um grande número de processos que tratassem do mesmo assunto no Poder Judiciário. As súmulas representam, portanto, a tese jurídica reiteradamente decidida pelo tribunal em casos semelhantes, sendo exteriorizada mediante um enunciado que resume o pensamento do tribunal que a editou (FIORAVANTI, 2017, p. 30).

As súmulas foram criadas pelo STF, mas ao longo dos anos os outros tribunais também construíram os seus verbetes com o objetivo de orientar os magistrados e a advocacia qual a tendência do tribunal decidir. A súmula é formada a partir da criação de um enunciado com a finalidade de descrever a decisão, é, portanto, uma metalinguagem, pois reproduz de forma simplificada a decisão judicial (MARINONI, 2016. p.159).

Em uma súmula não é possível encontrar os fundamentos, circunstâncias fáticas ou de direito responsável pela sua criação. “As súmulas, portanto, são produto das técnicas de uniformização [...] e retratam a constatação e formalização do entendimento dominante, o que afasta a necessidade de identificação empírica do entendimento jurisprudencial” (MONNERAT, 2012, p. 413). Caso haja o interesse nestes elementos é necessário analisar a decisão judicial responsável por sua formação.

Neste caso, a diferença em relação aos precedentes é ainda maior, pois este requer uma análise fática do caso concreto, inconcebível de ser encontrado nos verbetes das súmulas. Fioravanti acrescenta que na súmula “não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica, não está presente o contraditório, mas apenas o interesse do tribunal em delimitar adequadamente um

enunciado jurídico, com base em decisões previamente elaboradas, por vezes em diversos casos” (FIORAVANTI, 2017, p.33).

Marcelo Alves Dias de Souza defende que as súmulas, na verdade, são precedentes em sentido amplo, enquanto que as decisões do caso concreto são precedentes em sentido estrito. Para ele, as súmulas seriam um conjunto de decisões transformadas em verbetes com o objetivo de gerar uma uniformidade jurisprudencial e dar mais celeridade ao judiciário (SOUZA, 2006, p 253).

No entanto, como já foi analisado anteriormente as súmulas e os precedentes têm origens diversas, a forma de utilização destes dois institutos são diferentes e principalmente o conteúdo deles são diferentes, por isso acredita-se que esta comparação é desapropriada.

Além do mais, como as súmulas representam apenas uma orientação para os tribunais inferiores e juízes, esta não alcançou tanta eficácia na prática, tendo em vista que os juízes não devem observância obrigatória a elas. “Na realidade, tais súmulas nunca tiveram serventia, tendo no máximo se mostrado aptas a evidenciar o que, em determinado instante, o tribunal decidiu sobre dada questão” (MARINONI, 2016, p. 159).

Com edição do art. 926, §2º do Código de Processo Civil de 2015, as súmulas tornam-se cada vez mais ineficientes para a prática jurídica, pois o mesmo define que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Ou seja, com a admissão deste parágrafo os juízes e tribunais deverão sempre entender qual o contexto em que a súmula foi editada. Desta forma, percebe-se que, o que o legislador espera é que mesmo com a utilização da súmula, a decisão que o originou também deve ser levada em conta. Aproximando-se assim da ideia do precedente.

Outro ponto que merece destaque é que não se deve reduzir a *ratio decidendi* a uma súmula, até mesmo porque como já foi analisado alhures, a *ratio* merece uma análise bastante aprofundada e, portanto não cabe em um verbe de súmula. Além do mais, esta é utilizada de maneira desvinculada ao caso que a originou, situação que é inconcebível nos precedentes judiciais existentes no common law.

3.1.3 Súmula Vinculante e precedente

Como as súmulas tem o papel de apenas orientar a forma como os juízes deverão decidir, mas não apresentam caráter vinculante. Em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, foi incluído no texto constitucional o instituto da Súmula Vinculante. O artigo 103-A da Constituição Federal dispõe:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º 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.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 2004)

Em um primeiro momento a preocupação por adotar o sistema de Súmulas Vinculantes decorreu da preocupação com a eficácia jurídica, aspirando uma uniformização dos entendimentos de casos semelhantes do tribunal. Dessarte verificou-se a utilização do direito sumular com o objetivo de impossibilitar a subida de recursos sobre casos semelhantes aos tribunais superiores.

A súmula vinculante tem aplicação obrigatória em todo o território nacional, portanto há uma imposição verticalizada, estabelecida pelos tribunais superiores, em relação aos tribunais estaduais e os juízes de primeiro grau. Assim, o tribunal superior consegue determinar, por meio de disposições vinculantes, o destino de todos os processos sobre determinado tema em um claro desespero de sanar a falência do judiciário brasileiro.

Guilherme Carreira defende que a súmula vinculante apresenta natureza de ato normativo, haja vista que ela está desvinculada das decisões judiciais que a formaram, apresentando autonomia formal e conteúdo abstrato (CARREIRA, 2013, p. 61).

Em consonância com a Súmula Vinculante, o precedente, atualmente,

também tem observância obrigatória no direito brasileiro. Entretanto, o Brasil inovou ao determinar que o órgão prolator da sentença seja o responsável por declarar que a questão jurídica decidida deve ser considerada um precedente. (FAGUNDES, 2018, p. 125). Este modelo se opõe ao adotado pelos países anglo-saxões, uma vez que no sistema inglês os mesmos “não são instituídos na lei ou na decisão judicial, mas reconhecidos na prática jurídica” (BISNETTO, 2016, p. 129).

A Súmula Vinculante foi regulamentada em 2006 por meio da Lei de nº 11.417, esta foi responsável por disciplinar como deve ocorrer a edição, revisão e o cancelamento dos enunciados das Súmulas Vinculantes, assim esta lei foi responsável por dar maior clareza e segurança jurídica. Os precedentes, por outro lado, apresentam apenas alguns poucos artigos do Código de Processo Civil que fazem referência a ele, tornando extremamente incerto como deve ocorrer a sua utilização no Brasil.

3.2 Utilização dos precedentes no Brasil

Em momento anterior foi analisado como ocorre a construção do precedente nos países de natureza *common law*. Nesta etapa será apreciado como se encaminha a sua criação no Brasil.

A interpretação dos precedentes é alvo de grandes discussões no *common law*, desde a construção de diversas teorias de como deve ocorrer a interpretação da *ratio decidendi* até a criação de variadas hipóteses para distinção e superação dos precedentes. Contudo, analisando a legislação vigente verificou-se que esta não parece ser uma preocupação do legislador brasileiro ao importar este instituto jurídico.

Já na implementação deste instituto, o Código de Processo Civil, estabeleceu uma peculiaridade que distingue, de maneira particular, o precedente brasileiro. Isto se dá porque o CPC/2015 determinou que o precedente seja formado pelo tribunal declarando-o como tal e vinculando-o a casos futuros.

Diferentemente do precedente judicial de países como Estados Unidos e Inglaterra, onde o mesmo é definido no momento em que um juiz, em um caso concreto, decide utilizar um julgado anterior como referência no caso *sub judice*.

Marcos Serra Netto Fioravanti disserta que:

O que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, para muitos de forma até inconstitucional, foi a ampliação da observância a determinadas decisões e súmulas, num objetivo de verticalização e subserviência às decisões pretéritas, mas num contexto sistêmico totalmente diverso do *common law* onde, como se viu, o precedente exerce um papel diverso, por representar a própria fonte primária do direito. (FIORAVANTI, 2017, p. 39).

No Brasil, o sentido do termo precedente foi modificado, o que no *common law* refere-se a uma decisão judicial proferido em um caso passado e identificado, posteriormente como de relevante importância para a solução de situação atual, no direito brasileiro o precedente é utilizado para identificar decisões judiciais que devem ser consideradas paradigmas pelos tribunais e juízes de primeiro grau, assim identificadas no momento da sua construção.

Apesar desta característica que particulariza o sistema de precedentes brasileiro, o mesmo apresenta algumas semelhanças importantes de serem analisadas com sistema o anglo-saxão. No capítulo anterior, observamos que o precedente judicial apresenta alguns elementos essenciais na sua estrutura, são eles: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Por meio de uma análise pormenorizada da legislação pode-se perceber que o legislador pátrio dedicou devida atenção para este tema. Veja:

O Código de Processo Civil brasileiro apresenta a expressão “fundamentos determinantes” em algumas oportunidades. No artigo 489, §1º diz que:

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 (BRASIL, 2015).

O legislador neste momento atribuiu um especial cuidado ao determinar que a decisão judicial deva apresentar os fundamentos determinantes do precedente que se assemelhem ao caso concreto ora analisado. Ou seja, é importante que seja viável a localização da *ratio decidendi* no interior da fundamentação jurídica para a correta aplicação do precedente posteriormente. Marinoni explicita que “a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra” (MARINONI, 2016, p. 162). Isto corresponde ao momento em que o juiz, do *common law*, deverá demonstrar que a *ratio decidendi* da decisão utilizada como precedente cabe no caso concreto atual.

Desta mesma forma é o entendimento de Cristiane Druve Tavares Fagundes

Dessa sorte, é bom se afirmar que, da mesma forma que no *common*

law, também no modelo brasileiro de precedentes, o aplicador futuro do precedente firmado deve recorrer à *fundamentação* da decisão paradigma para verificar corretamente a extensão do julgado vinculante. Isso porque devem ser analisadas as circunstâncias fáticas formadoras da decisão precedente, bem como a questão jurídica ali decidida. Não basta a simples verificação de eventual tese jurídica proclamada quando do julgamento ou mesmo do enunciado da súmula editada depois de reiteradas decisões no mesmo sentido. (FAGUNDES, 2018, p. 127).

Em seguida, no artigo 979, que versa sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em seu parágrafo 2º diz: “Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (BRASIL, 2015).

O ordenamento jurídico brasileiro também destinou uma atenção especial à necessidade de observância das semelhanças fáticas entre o precedente e o caso concreto a ser aplicado, em consonância com o que é apresentado no sistema Inglês. Além do mais, o Código de Processo Civil em seu artigo 926, §2º determina que “ao editar enunciado de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015). Ou seja, caso o precedente a ser analisado no caso concreto não se adeque às circunstâncias fáticas percebe-se que há a possibilidade de aplicar a técnica do *distinguish*. Nesse sentido, as partes poderiam suscitar que o precedente não é cabível no caso *sub judice*. Entretanto, esta possibilidade é mitigada no direito processual civil brasileiro haja vista a possibilidade de o juiz julgar o caso preliminarmente sem dar oportunidade às partes de suscitar o *distinguish*.

Apesar disso, o Brasil é um país que apresenta um sistema jurídico baseado em leis genéricas e abstratas que se modulam ao caso concreto. Portanto, não é possível que seja requisito essencial a existência de uma identidade absoluta entre os fatos analisados do precedente e o caso *sub judice*. Lógico, que os fatos devem ser significativamente análogos para que o precedente seja um paradigma a ser aplicado no caso concreto.

Em consonância a esta compreensão o Enunciado nº 59, da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal estabelece que “não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes” (BRASIL, 2017).

Como já foi esclarecido, o precedente é composto por duas partes principais: a *ratio decidendi* e a *obter dictum*. A *obter dictum* consiste nas passagens da decisão judicial que não fazem parte da *ratio decidendi*, ou seja, não é essencial para alcançar a conclusão que se pretende, pois tem o condão de ser um reforço argumentativo, ou até mesmo a elucidação de discussões que permearam o processo, mas não foram acolhidos na sentença. Este elemento também faz parte do modelo de precedentes do Brasil e requer especial atenção dos juristas, haja vista que é relevante que se entenda a diferenciação destes conceitos e saiba-se distingui-los em um acórdão para uma correta aplicação do precedente.

No Direito Brasileiro a *ratio decidendi* deve ser compreendida como a possibilidade de estabilizar a questão jurídica em questão, não se limitando ao caso em específico. (MARINONI, 2016, p. 188). Assim, para Mitidiero, na prática jurídica brasileira é possível utilizar àquelas partes da decisão que não fazem parte da razão de decidir como precedente, ou seja, a *obter dictum*, desde que esta tenha sido analisada no processo, com a devida participação das partes e pluralidade argumentativa (MITIDIERO, 2015, p. 333)

Inclusive Juraci Mourão Lopes Filho, discorda que no Brasil possamos utilizar apenas a *ratio decidendi* do precedente nas decisões futuras, pois, para ele, não existe nem mesmo a possibilidade de distinção entre a *ratio* e a *obter dictum*, tendo em vista que é dever constitucional a fundamentação adequada da decisão judicial (LOPES FILHO, 2012, p. 236).

Observando o que Mitidiero aduz é possível ver que há sim diferenças, pois para uma correta utilização do precedente deve-se encontrar a *ratio decidendi*, sendo assim de suma importância a sua correta distinção, pois a *ratio* é a fundamentação central da decisão e a principal fonte de enfrentamento das partes no processo, ao passo que a *obter dictum* consiste nas outras questões também discutidas no processo. Tendo em vista que apesar de não ser questão central, a *obter dicta* pode ser utilizada como precedente se houver a presença do contraditório e a devida fundamentação na decisão ela está apta a ser paradigma.

O art. 927 do Código de Processo Civil é de extrema importância para a devida compreensão de como o legislador espera que ocorra a utilização dos precedentes no Brasil.

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. (BRASIL, 2015)

Observa-se, com a leitura do artigo, que os precedentes no Brasil ocorrem nos casos de decisões de controle concentrado de constitucionalidade, julgados pelo Supremo Tribunal Federal e em casos de acórdãos em Incidente de Assunção de Competência ou de Resolução de Demandas Repetitivas e em julgamento de Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos, estas são as principais situações em que se utilizam os precedentes, entretanto, o rol do art. 927 não é taxativo, portanto é possível que os tribunais superiores determinem outros casos que venham a se tornarem precedentes. Em todas estas situações os precedentes deverão ser observados obrigatoriamente pelos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau.

O artigo 927 é um tanto quanto desconexo, ele mistura decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, súmulas de matéria constitucional proferidas pelo STF e súmulas de matéria infraconstitucional proferidas pelo STJ, além dos acórdãos em Incidente de Assunção de Competência ou de Resolução de Demandas Repetitivas e em julgamentos de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos.

Ponto positivo do artigo 927 do Código de Processo Civil é a determinação de que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade são consideradas precedentes judiciais. Este mecanismo de defesa da constituição é de extrema importância para a manutenção da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito. O artigo 102 da Constituição Federal em seu parágrafo segundo determina que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante” (BRASIL, 1988). Portanto, além de previsto no artigo 927 do CPC/15, a observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade também está descrita na Carta Maior.

O referido artigo também determina a observância dos acórdãos em

Incidente de Assunção de Competência ou de Resolução de Demandas Repetitivas e em julgamento de Recursos Extraordinários e Recursos Especiais repetitivos.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) previsto no Código de Processo Civil ocorre quando “o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (BRASIL, 2015, art. 947). Trata-se de um instituto diferente dos outros descritos no art. 927, III do CPC/15, pois neste não há casos repetitivos, mas sim, deve haver questão de direito relevante o suficiente para ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Este instituto apresenta caráter vinculante para todos os tribunais e juízes do Brasil, conforme descrição do art. 947, §3º do aludido Código.

A instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) pode ocorrer quando houver a efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia sobre matéria de direito, além de não existir riscos à isonomia e segurança jurídica. Julgado o incidente, a tese deverá ser aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versarem sobre matéria de direito idêntica na área do respectivo tribunal, conforme artigo 985 do CPC/15. Nesta seara existe a possibilidade de existência de precedente em um órgão regional, tendo em vista que o IRDR pode ser suscitado nos tribunais a partir da 2ª instância.

Mancuso vê com ressalvas a instauração do IRDR por órgãos colegiados de segundo grau, ao afirmar que:

De fato, em que pese a clara finalidade desse excogitado incidente de imprimir racionalidade no manejo dos tsunamis processuais que vê assolando o Judiciário envolvendo conflitos de massa (mass tort cases, na experiência norte-americana), não há que negar que se desenha um risco para a segurança jurídica na fixação de uma tese jurídica por um órgão colegiado de segundo grau, que se projetará em dimensão panprocessual, num momento em que a “controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I, do novo CPC) ainda está incipiente, não tendo alcançado um razoável grau de maturação, assim atropelando a ordem natural do processo (pretensão inicial > contraditório > provas > cognição > decisão) (MANCURSO, 2016, p. 579)

Para Marinoni, os precedentes devem ser considerados vinculantes apenas quando forem emanados pelas cortes superiores, dessa forma, segundo seu entendimento, não seria possível a criação de precedentes pelos Tribunais Regionais por meio de IRDR. Nesta perspectiva o mesmo alega que:

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, não é uma Corte a quem cabe afirmar o sentido exato da lei ou tutelar o texto da lei, mas uma Corte que tem a missão de definir o sentido mais adequado, de acordo com os fatos e valores sociais, para expressar o significado de um texto legislativo. [...] De modo que a eficácia obrigatória dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte de interpretação, é algo natural é lógico. Se a interpretação é legitimamente variada e o Superior Tribunal de Justiça tem a função de definir a interpretação adequada, torna-se evidente que essa interpretação não pode ter o mero propósito de permitir a correção das decisões equivocadas; a intenção é orientar os cidadãos e evitar decisões desiguais para casos iguais. (MARINONI, 2016, p. 316)

Segundo Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior em seu Código de Processo Civil Comentado, o Recurso Extraordinário, Recurso Especial, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência, tem o poder de vincular apenas o tribunal que as emitiu, não sendo de observância obrigatória para os tribunais inferiores. Enfatizam que, os tribunais superiores, em muitos casos, decidem de maneira diferentes das decisões prolatadas por eles mesmos em situações anteriores, portanto, este seria um excelente mecanismo de uniformização da jurisprudência do próprio tribunal trazendo mais segurança jurídica para a população. (NERY JUNIOR, NERY, 2016, p. 1929)

Entende-se que vincular julgados a casos subsequentes é uma maneira de legislar, usurpando o Poder Legislativo e criando um Poder Judiciário com atribuições excessivas para um estado democrático de direito. Este também é o entendimento de Juraci Mourão Lopes Filho que dispõe da seguinte maneira:

Atribuir ao Judiciário uma função legislativa para o qual sequer é voltado o processo em que se dá o julgamento, o qual, na maior parte das vezes, trata apenas de questões atinentes às partes envolvidas na lide, ou seja, cogitações gerais, para além dos fatos e questões de direito relevantes para o caso, sequer são deveres dos sujeitos envolvidos, nem o processo e o direito processual foram pensados e estruturados para darem adequado tratamento a essas questões gerais e abstratas (LOPES FILHO, 2012, p. 236).

Por fim, o art. 987 dispõe que “do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial” (BRASIL, 2015), a tese jurídica do STF ou STJ, dependendo do caso, deverá ser aplicada em todo o território nacional nos casos que versem sobre idêntica questão de direito, conforme o parágrafo segundo deste artigo.

Não obstante, o legislador omitiu-se quanto à superação do precedente. Em momento anterior, foi explanado que no direito norte americano, há diversas formas

para que o precedente não incida no caso concreto atual. *Distinguishing, overruling, tranformation, overriding* são conceitos bastante estudados e valorizados pelos adeptos do *common law*, pois os mesmos podem influenciar fortemente a decisão do magistrado.

Estes conceitos são imprescindíveis para a correta aplicação do precedente. Entretanto, no Brasil não há qualquer menção na legislação vigente sobre estes temas, o que consiste em uma falha imensa, haja vista que o modelo de precedentes está normatizado na legislação processual civil a forma como ocorreria a sua superação ou não incidência também deveria estar.

Além do mais, a possibilidade de *overruling* e *distinguish* foi mitigada pelo Código de Processo Civil com as modificações feitas pela Lei nº 13.256/2016. O que ocorreu foi que a referida Lei determinou que o juízo de admissibilidade primário dos Recursos Especiais e Extraordinários sejam de responsabilidade dos tribunais de origem. Isto possibilita que haja um desafogamento dos tribunais superiores, já que menos recursos subirão para a análise por haver “uma peneira” nos tribunais regionais.

Não obstante, há contornos de ilegalidade nesta prática, tendo em vista que o responsável pelo juízo de admissibilidade do recurso é o próprio tribunal que proferiu a decisão objeto do mesmo.

Dessa forma, ocorre uma cristalização do direito, pois impede uma das principais formas de superação e distinção dos precedentes, algo intangível em um Estado Democrático de Direito, onde o mesmo está em constante transformação e a justiça tem por obrigação acompanhar as mudanças sociais.

4. COMO O ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INFLUENCIA O PODER DECISÓRIO DOS JUÍZES

O artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 é responsável por instituir os precedentes judiciais de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, instituto este oriundos de países com natureza de *common law*. Entretanto o mesmo é responsável por modificar a maneira como os juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância analisam os processos que surgem para sua apreciação, haja vista que diante da existência de precedente decidindo sobre o tema o juiz tem a possibilidade de julgar preliminarmente o caso, sem a análise apurada dos fatos e provas.

A prática jurídica brasileira passa por intensas transformações e é importante ponderar a que custo à celeridade processual surge como um dos principais princípios a serem seguidos pelo judiciário.

4.1 Os provimentos judiciais previstos no artigo 927 do CPC/15 são persuasivos ou obrigatórios

No *common law*, precedentes são considerados obrigatórios quando Cortes Superiores utilizam de decisões anteriores para a solução de casos atuais, tornando-se, assim, obrigatórios para todos os casos com situações fáticas e jurídicas semelhantes que surgirem posteriormente, sejam em mesmo nível hierárquico ou inferior. Esta é a forma como o sistema jurídico anglo-saxão se organiza e gera segurança jurídica para a população.

No Brasil, desde o Código de Processo Civil de 1973, existe o Controle Concentrado de Constitucionalidade, uma espécie de precedente com observância obrigatória. Até então, todos os demais julgados possuíam efeito persuasivo, ou seja, uma decisão anterior teria o condão de influenciar possíveis casos futuros, todavia não observar o mesmo não caracterizaria um desrespeito dentro da comunidade jurídica.

A crise do judiciário brasileiro, ocasionada por um aumento exponencial de processos pendentes de julgamento e a morosidade excessiva também ocorre em outros países de natureza de *civil law*, que enfrentam a mesma problemática e se veem em busca de soluções. Contudo esta não é uma tarefa simples, pois além da

preocupação com a celeridade processual é importante que haja o cuidado para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O artigo 927 do CPC/15 trouxe a observância obrigatória dos precedentes em seu texto. Este assunto é responsável por relevante controvérsia na comunidade jurídica brasileira, no sentido de que há juristas que concordam com este preceito e outros que discordam completamente da sua utilização de maneira obrigatória.

A primeira corrente de estudiosos sobre a matéria defende que os precedentes que constam no artigo 927, são vinculantes devido à semântica do texto. Para Hermes Zaneti Junior e Carlos Frederico Bastos Pereira onde começa a citação o precedente é vinculante porque a lei assim o quis, portanto como somos um país de tradição *civil law*, cujo princípio se caracteriza por seguir as leis, então se os precedentes obrigatórios estão instituídos em lei, desta maneira deve-se respeitá-los (ZANETI; PEREIRA, 2017, p. 305).

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael de Alexandria também defendem que o rol do artigo 927 tem observância obrigatória, entretanto ponderam que é essencial a observância da *ratio decidendi* para uma correta aplicação do mesmo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 466).

Luiz Guilherme Marinoni argumenta que os precedentes de observância obrigatória deverão ser somente aqueles que são emanados das cortes superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal -, haja vista que estes são os tribunais responsáveis por uniformizar a interpretação da Constituição Federal e da legislação federal. (MARINONI, 2016, p. 290).

O Ministro Luís Roberto Barroso juntamente com Patrícia Perrone Mello afirmam que os precedentes judiciais produzem três espécies de eficácia no direito brasileiro. A primeira espécie são os precedentes com eficácia persuasiva, este é o caso tradicional de utilização de precedente no sistema brasileiro, onde a decisão anterior tem a capacidade de influenciar o convencimento do juiz para decidir da mesma forma na situação atual. No outro extremo existem os precedentes normativos, são àqueles previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, que todos os juízes e tribunais devem respeitá-los obrigatoriamente, e em caso de descumprimento cabe reclamação diretamente aos tribunais superiores.

Trazem também os julgados que possuem eficácia intermediária, são os casos em que não estão presentes no artigo 927 do CPC/15, entretanto geram efeitos para além das partes por ter eficácia heterogênea produzindo efeitos em

diferentes graus. Ademais, defendem a vinculação obrigatória dos precedentes ao afirmar que “a obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos” (BARROSO, p. 23)

Contudo, para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery os precedentes vinculantes são formalmente inconstitucionais. Isto ocorre porque, para eles, o ato de vincular um precedente a casos futuros deve ser previsto na Magna Carta por meio de Emenda Constitucional, como o legislativo assim o fez no caso das Súmulas Vinculantes.

O objetivo almejado pelo CPC 927, para ser efetivo necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder. (NERY JUNIOR, NERY, 2018, p. 1934)

Maurício Ramires disserta que no *civil law* todos os precedentes são persuasivos, pois somente a Súmula Vinculante tem o condão de vincular decisões judiciais anteriores a casos concretos futuros. Para ele, é uma aberração em um sistema de leis haver a confusão entre texto de julgado com texto de lei, ademais, ainda conferem ao precedente a possibilidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial (RAMIRES, 2009, p. 46).

Em nossa visão, os precedentes obrigatórios, no Brasil, são inconstitucionais e não apenas por não haver previsão constitucional do mesmo, mas sim, por haver usurpação do poder. Neste momento, ao determinar que os juízes devem respeitar obrigatoriamente determinados julgados ao proferir suas decisões, o Judiciário está invadindo a competência do Legislativo. O equilíbrio entre os três poderes é de fundamental importância para a manutenção do estado democrático de direito e não cabe aos tribunais superiores ditar normas de caráter obrigatório para os demais

magistrados do país, sendo que é garantia fundamental do processo a autonomia do juiz.

4.2 Precedente judicial produz norma?

Para que seja possível entender se precedente judicial cria ou não norma é importante entender no que consiste a norma no direito brasileiro. Miguel Reale dispõe que a norma “representa para o jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos históricos-sociais” (REALE, 1994, p.511)

Norma não é o mesmo que lei, o seu sentido é mais amplo e genérico. Nesse sentido Mario Losano dispõe que:

Norma é um termo genérico para indicar um preceito (não necessariamente jurídico). Uma das leis mais importantes é o código civil, que – dadas as suas dimensões – é subdividido em artigos para facilitar a consulta; os artigos, por sua vez, podem ser agrupados em parágrafos, seções, títulos, livros, etc. Nenhuma dessas subdivisões físicas de um texto de lei coincide necessariamente com uma norma: esta última é o conjunto das disposições que regulamentam um certo setor jurídico (por exemplo: o instituto da propriedade, do usufruto, do furto, do imposto de renda, do referendo etc.) e podem encontrar-se esparsas até mesmo em várias leis. “Norma” é, assim, um termo genérico análogo a “comando”, “preceito”. Não é, todavia, sinônimo de “artigo de lei” (LOSANO, 2007, p. 9).

Cristiane Druve Fagundes, por fim define de forma bastante sucinta que norma é o texto de lei interpretado (FAGUNDES, 2018, p. 162).

Neste sentido questiona-se a possibilidade do precedente obrigatório produzir uma norma. Os precedentes apresentam atualmente observância obrigatória perante todos os magistrados do território nacional, entretanto, ele não exerce influência direta sobre a vida dos cidadãos brasileiros, pois como o artigo 5º, II da Constituição da República determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”(BRASIL, 1988).

Portanto os precedentes exercem influência direta na vida daqueles que necessitam do Judiciário para terem seus direitos garantidos, mas não tem o condão de compelir pessoas em sua vida cotidiana, como a lei consegue fazer.

Para Ronaldo Cramer, o precedente é a decisão que “cria norma jurídica que deve ser seguida em casos idênticos, sendo desimportante se o pronunciamento

judicial já nasce como precedente ou se é reconhecido posteriormente como tal” (CRAMER, 2018, p. 80).

Cristiane Druve Fagundes defende que da forma como os precedentes são apresentados no Código de Processo Civil é inevitável chegar à conclusão de que o mesmo deve ser considerado norma jurídica e acrescenta que a decisão judicial responsável por vincular casos futuros é uma pauta normativa (FAGUNDES, 2016, p. 164).

Em discordância aos autores entende-se que não se deve assemelhar o precedente a uma norma, principalmente pela característica de que o Brasil é um país de bases jurídica do *civil law*, em que o sistema normativo está assentado em leis. Se o precedente for considerado uma norma então o Judiciário estará exercendo a função típica de legislar.

Esta compreensão está de acordo com o que Juraci Mourão Lopes Filho dispõe a seguir

Essa forma de entender o precedente (como fonte de norma geral e abstrata a ser respeitada para além mesmo da situação específica que o autorizou) vai ao encontro das aspirações de controle das instâncias superiores sobre as camadas mais baixas do Judiciário que estão mais próximas da respectiva realidade social. Com efeito, entender precedente como instrumento de elaboração de norma permite que os tribunais superiores condicionem as instâncias inferiores. Como essas normas são compreendidas como dotadas de generalidade e abstratividade, impede que os juízes, sobretudo de primeiro grau, considerem as contribuições da realidade social em que está inserido para a compreensão, interpretação e aplicação do Direito (LOPES FILHO, 2012, p. 235).

Tratar o precedente como se norma fosse tem gerado algumas situações bastante contraditórias, como por exemplo, casos de aplicações retroativas de precedentes. Se o mesmo é uma interpretação da norma, como ele pode influenciar casos passados, onde este entendimento ainda não era considerado? Nesse sentido, tem ocorrido com certa frequência viradas jurisprudenciais sob o pretexto de atuação declaratória da jurisdição.

Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti dizem que “os precedentes judiciais, no sistema do CPC/15, estão mais próximos das súmulas vinculantes do que do *stare decisis* do *common law*, já que são criados com a finalidade principal de resolver casos futuros” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 361).

Posicionamento interessante é o de Lauro Simões de Castro Bisnetto que defende que súmula, jurisprudência e precedente não podem ser entendidos como

norma, “porque as normas são derivadas extremas da interpretação e, portanto, como resultados de uma atualização significativa, concluem o julgamento, não sendo mais possível falar em distinção ou superação. A norma faz coisa julgada” (BISNETTO, 2016, p. 154) Portanto, conclui-se que o precedente somente produz norma para o caso concreto em que decidira.

José Emílio Medauar vai além ao defender que o artigo 927 do Código de Processo Civil não é responsável por instituir um sistema de precedentes obrigatórios, mas sim de decisões vinculantes. Compatibiliza-se deste entendimento ao compreender que o referido artigo apresenta o escopo de regular casos futuros em uma clara intenção de se aproximar de um texto de lei, geral e abstrato (MEDAUAR, 2017, p. 666).

Nesse sentido, Mancuso disserta sobre os contornos sociais que os precedentes apresentam no atual cenário jurídico brasileiro.

Mormemente no presente momento histórico, em que o regime jurídico do país encontra-se no patamar propício a uma sensível alteração, tendente a consentir, ao lado do parâmetro legal, também o precedente judiciário como paradigma de direitos e obrigações. Isso implica – senão já a necessidade de uma alteração no inc. II do art. 5º da CF – ao menos uma gradual e laboriosa mudança na cultura jurídica tradicional, tradicionalmente afeiçoada à singela subsunção dos fatos à norma de regência, por modo a, doravante, tornar imperiosa a consulta aos enunciados sumulares e demais elementos pretorianos otimizados, ante sua crescente força impositiva, que já despasa o plano da mera influência. (MANCUSO, 2016, p. 602)

Ou seja, da maneira como os precedentes são apresentados atualmente, os cidadãos devem observância além do texto da lei, também aos precedentes. Mesmo que em suas vidas diárias não haja mudanças significativas, qualquer pessoa que necessite utilizar o Judiciário estará de encontro com precedentes que apresentam a mesma importância prática que o texto de lei.

4.2.1 Caráter (anti)democrático do precedente no Brasil

A Constituição Federal é a norma mais importante do ordenamento jurídico brasileiro e deve ser respeitada em sua integralidade pelas demais leis. Neste momento serão analisadas as possíveis violações dos precedentes judiciais à Carta Magna.

Em primeiro lugar a questão essencial do Estado Democrático de Direito está o artigo 2º da CRFB/88 que dispõe da seguinte maneira: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Entende-se que há violações a este artigo no momento em que os precedentes se tornam de observância obrigatória aos juízes e tribunais inferiores.

Aristóteles, em sua obra “Política” foi o primeiro a lançar a ideia dos três poderes, para ele o poder soberano tinha três funções distintas, que seriam: a de editar normas de carácter geral, devendo ser seguida por toda a população, aplicar as normas ao caso concreto e a função de julgar os conflitos existentes na sociedade, utilizando as normas. Aristóteles, todavia, não tinha a visão de dividir estas funções em diferentes poderes, para ele, estas funções eram de responsabilidade de uma pessoa, no caso o rei.

Montesquieu, então foi o responsável por idealizar o sistema de tripartição de poderes em seu livro intitulado “O Espírito das Leis” já citado em momento anterior, este livro é essencial para entendermos como o Estado está organizado na atualidade. A grande inovação no pensamento de Montesquieu ocorreu por ele dividir os poderes em três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. As funções idealizadas por Aristóteles deveriam ser divididas entre os poderes, concebidos por Montesquieu. O grande objetivo de Montesquieu ao criar esta teoria era diminuir os abusos que ocorriam no poder absolutista ao fracionar os poderes entre mais autores, combatendo, assim, a concentração do poder.

Cada um dos três poderes apresentam funções típicas e atípicas em seu funcionamento. As funções típicas são aquelas em que originariamente foi se pensado ser de sua responsabilidade, por exemplo, é função típica do legislativo criar leis que regem a vida de todos os cidadãos. Por outro lado, existem também as funções atípicas que correspondem a funções que são de natureza de outro órgão, mas como forma de manter a autonomia de cada um dos poderes acaba exercendo em situações específicas. Como por exemplo, em nosso ordenamento jurídico, o legislativo tem função atípica de julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, conforme artigo 52 da Carta Maior.

A instauração do sistema de precedentes no Brasil desestruturou este equilíbrio dos três poderes. Mais adiante será analisado que os precedentes, por serem de observância obrigatória, atualmente, apresenta força normativa perante os magistrados mais forte que a própria lei.

Segundo Cristiane Druve Fagundes a intenção dos legisladores ao normatizar os precedentes judiciais no Código de Processo Civil, haja vista a falta de tradição no manuseio dos mesmos foi o de simplificar ao máximo a forma como os precedentes deverão ser utilizados no Brasil (FAGUNDES, 2018, p. 246).

Em casos de haver precedentes obrigatórios contrários ao objeto da petição, de acordo com o CPC/15 o juiz deverá julgar preliminarmente negando provimento ao pedido e, em caso de precedente de acordo com o litígio o juiz deverá julgar preliminarmente a situação após manifestação da defesa. Nessa perspectiva, não oferece nem mesmo a possibilidade de o juiz analisar as peculiaridades do caso concreto e a observância dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Juraci Mourão Lopes Filho enfatiza que:

Equiparar, nesse âmbito, precedentes á lei é o motivo que autoriza o descompromisso do juiz com a realidade posta diante de si; que permite decisões inadequadamente fundamentadas; que geram uma inválida autorreferência da jurisdição, ignorando outros componentes do sistema. Tudo em prejuízo de um Direito mais consentâneo com o meio que o cerca, e em especial do Direito Constitucional, que, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, é tão dependente de ponderação de princípios diante do caso concreto (LOPES FILHO, 2012, p. 238).

Posto isto, os juízes têm utilizado súmulas e precedentes com o objetivo de inserir em suas fundamentações, sem qualquer argumentação mais aprofundada, apenas para cumprir um rito necessário. Ao invés de utilizar os precedentes como maneira de aplicar casos passados, que apresentam semelhanças fáticas, como fonte argumentativa para empregar o entendimento do litígio anterior na situação atual.

Os defensores da utilização dos precedentes com vinculação obrigatória sucitam como principal ponto de defesa a celeridade e a duração razoável do processo, considerado direito fundamental de todo cidadão, presente no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A duração razoável do processo deve ter em consideração o período necessário para o correto exame dos fatos e do direito, solucionando o caso o mais rápido possível e evitando a utilização de mecanismos, pelas partes, que façam o processo ser moroso de forma proposita.

Aspecto importante a ser combatido no cotidiano do judiciário brasileiro, que gera celeridade e não há contradições quanto a sua legalidade, são as chamadas “etapas mortas do processo”, são aqueles atos burocráticos realizados com o

objetivo de respeitar o trâmite processual. Fábio Coelho e Cristiano Quinaia ressaltam que “a grande parcela de tempo gasto com a solução de uma causa é devido a sucessão de atos burocráticos de andamento e cumprimento de ritos, sendo que qualquer projeto de modificação da lei processual deve atentar a isso” (COELHO; QUINAIA, 2017, p. 277)

Além do mais, Antônio Aurélio de Souza Viana faz uma crítica à utilização dos precedentes como forma de alcançar maior celeridade processual afirmando que:

Apesar da possibilidade de diminuição da carga de trabalho, devido à dispensa de apreciação do mérito de um sem número de casos, esse dinamismo tem um alto custo, na medida em que acarreta uma perda no processo argumentativo, algo imprescindível à evolução do direito. É fundamental compreender, de uma vez por todas, que só se pode vislumbrar uma resposta correta a partir do momento em que se permite o enriquecimento do processo por meio da formulação e consideração dos argumentos jurídicos no processo decisório. Portanto, a diversidade de teses argumentativas deve ser vista como ponto de melhoria no próximo sistema, e não como um entrave, cuja razão de ser se reduziria à promoção da dispersão jurisprudencial (VIANA, 2017, p. 137).

Outra questão de fundamental importância é a segurança jurídica, tão cara no atual cenário brasileiro. De acordo com Luís Gustavo Mundim a segurança jurídica deve ser instituída por meio da processualidade e da principiologia do processo, ou corre-se o risco de aumentar os níveis de agressão na formação do direito, especialmente em relação aos precedentes vinculantes (MUNDIM, 2017).

Contudo, aqui não está a sugerir que não possa ocorrer a utilização dos precedentes no Brasil ou que os mesmos não possam ser objeto de fundamentação de decisões judiciais. O precedente judicial é um importante método de interpretação do direito, com relevante valor hermenêutico. Entretanto, é equivocada a sua utilização como maneira de garantir a segurança jurídica em um país com tantas instabilidades no judiciário em que há outras maneiras de se alcançar esta estabilidade mais efetivas e éticas perante o ordenamento jurídico.

Em um momento histórico que indica um judiciário cada vez mais político, as viradas jurisprudenciais têm se tornado gradativamente mais frequentes na busca entre atender os anseios da população e a garantia do estado de direito. Solucionar as instabilidades ocasionadas nos tribunais superiores, haja vista as divergências de teses sobre um mesmo assunto em turmas diferentes de um mesmo tribunal e as constantes mudanças de entendimento dos mesmos seria um início de uma mudança efetiva para alcançar maior segurança jurídica.

4.3 Colisão entre o poder criativo do juiz e o sistema de precedentes

O sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil é responsável por retirar do juiz poderes inerente ao mesmo, constituídos ao longo da construção do ordenamento jurídico.

O artigo 8º do Código de Processo Civil dispõe que o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum ao aplicar o ordenamento jurídico, sempre com a busca por resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência, ou seja, o juiz ao entrar em contato com o caso concreto tem como questão principal o cuidado com o atendimento às questões sociais, observando sempre o respeito à Constituição Federal.

Nesse sentido, não é mais permitido a existência de juízes “boca da lei”, pois a Carta Magna lhe deu a prerrogativa de adequar à lei, respeitando os direitos fundamentais, ao caso concreto. Nesse sentido, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto disserta que:

O juiz que observa a concepção pragmatista de Direito avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor consequências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, ao invés de se fechar dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico (PINTO, 2013, p. 14).

A jurisprudência também é elemento fundamental neste cenário, pois ela é responsável pelo conteúdo do direito “vivo”, que conforme Michelle Taruffo explica, em muitos casos, é o único direito existente, como nos casos em que juízes criam o direito na existência de lacunas do legislativo, ou, em outros casos é o verdadeiro direito, como por exemplo, quando os juízes interpretam cláusulas abertas (TARUFFO, 2011, p. 140).

Teresa Arruda Alvim Wambier neste mesmo sentido diz que “a atividade criativa do juiz aparece nitidamente quando este decide com base em conceitos vagos, já que este “descobre” um dos possíveis sentidos da expressão usada pela lei, “recheando” um conceito aberto” (WAMBIER, 2009, p. 124).

Fagundes salienta que diante da variedade de casos que surgem no judiciário brasileiro, o magistrado encontra-se responsável por decidir situações que lhe permitem, dado os contornos legislativos, maior capacidade criativa, enquanto que

há outras situações que não lhe permitem esta liberdade, devendo somente aplicar a lei ao caso concreto (FAGUNDES, 2018, p. 160).

Todavia é necessário que seja sempre assegurado ao juiz que ele analise o caso concreto sob o prisma dos preceitos fundamentais descritos na Carta Maior. O magistrado, aquele que está mais próximo às provas, deve-se ater principalmente em solucionar o caso da melhor forma que atendam as partes e não apenas resolver de forma célere o litígio.

Nos casos dos precedentes judiciais há uma reaproximação deste juiz que remonta ao século XVIII, analisando o artigo 332 do Código de Processo Civil é possível perceber que o juiz não terá a oportunidade de analisar o caso concreto e decidi-lo com intuito de promover a dignidade da pessoa humana, mas deverá apenas replicar, obrigatoriamente, entendimento de tribunal superior.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (BRASIL, 2015).

Neste mesmo sentido, o artigo 932 do CPC dá poderes semelhantes ao relator ao permitir que julgue monocraticamente, negando provimento, casos de recursos, ou após apresentar as contrarrazões, dê provimento liminar aos recursos, nos casos em que os precedentes estiverem envolvidos.

Este artigo contradita o artigo 10º do Código de Processo Civil que determina que “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” (BRASIL, 2015). O que se percebe no artigo 932 é uma violação ao artigo acima referido, considerado princípio do Código de Processo Civil.

Desde os primórdios da instalação dos precedentes no Brasil, percebe-se que há grandes diferenças em relação àquele existente no *common law*. Entretanto, verifica-se que houve inserção deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro sem respeitar seus elementos essenciais, temática esta que gera numerosas discussões e formulação de teses nos judiciários norte americano e inglês.

O Código de Processo Civil, além de prever os precedentes de natureza obrigatória erra também ao não prever técnicas de superação e revisão dos precedentes no direito brasileiro, algo primordial para a utilização dos mesmos. Observou-se em capítulo anterior as mais variadas técnicas utilizadas no *common law* em casos de não incidência do precedente no caso atual, sendo de suma importância para a manutenção de um direito atual e que corresponda com a conjuntura atual da sociedade.

O mais próximo, no direito brasileiro, das técnicas de distinção, revisão e superação dos precedentes previstas no sistema inglês são as técnicas de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.

Entende-se, desta forma, que não há a necessidade de vinculação obrigatória dos precedentes no Brasil, além de não ser legítima, considerando que a formação de uma jurisprudência consolidada ao longo dos anos induz a um processo de utilização de técnicas de superação, revisão e distinção para não aplicação das mesmas, posto que dentro da prática jurídica não seria aceitável a não incidência de um julgado passado sem a devida fundamentação.

A Súmula Vinculante, um instituto mais antigo que os precedentes no direito brasileiro, já apresenta técnicas de revisão e cancelamento previstos tanto na Constituição Federal, em seu artigo 103-A, bem como na Lei nº 11.417/2006 responsável por sua regulamentação.

De acordo com a legislação destacada são legitimados para propor a revisão ou cancelamento da súmula vinculante o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, bem como o partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, incluindo ainda a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governado de Estado ou do Distrito Federal e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

A revisão e cancelamento da Súmula Vinculante apresenta características aproximadas das técnicas de transformação e superação dos precedentes no *common law*. Veja o que Guilherme Sarri Carreira dispõe sobre o assunto:

Notemos que a lei menciona revisão ou cancelamento. No primeiro caso a súmula mantém-se vigente, mas com algumas correções e adaptações, enquanto no segundo a súmula é cancelada, expurgada do ordenamento jurídico, por motivos de desuso social, ou pelo fato de que a norma por ele interpretada foi revogada pelo Legislativo, hipótese em que o STF obrigatoriamente, de ofício ou por provocação, deverá proceder ao seu cancelamento, uma vez que o fundamento legal para a sua edição não mais subsiste (CARREIRA, 2013, p. 106).

Desde a regulamentação das Súmulas Vinculantes pela Lei nº 11.417/2006 foram editadas 32 súmulas vinculantes, contudo, até o presente momento, não houve nenhum caso de revisão ou cancelamento definitivo das mesmas.

Assim, em casos de inconstitucionalidade de Súmula Vinculante há ferramentas disponíveis para o juiz de primeiro grau reconhecer a inconstitucionalidade incidental da mesma no caso concreto, expondo argumentos que não foram analisados durante a edição da mesma. Ou também é possibilitado ao juiz afastar a incidência da súmula no caso *sub judice*, argumentado situação fática diversa do contexto de formulação da mesma.

Neste caso, não caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento de enunciado de súmula vinculante, pois não houve falha do juiz ao não aplicar a súmula, mas sim, descumprimento fundamentado de acordo com o caso concreto.

Guilherme Sarri Carreira determina que:

Assim, o art. 103-A, §3º da CF de 1988 deve ser interpretado de acordo com os princípios da razoabilidade, primazia da lei e independência decisória dos juízes, sob pena de inconstitucionalidade. Por conseguinte, a decisão proferida por um juiz singular que reconhece a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante no caso concreto deve seguir a mesma sistemática da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, ou seja, ser objeto de apelação e, no Tribunal, se for o caso, ser objeto de incidente de declaração de inconstitucional. Assim, equipara-se a súmula vinculante ao texto de lei (CARREIRA, 2013, p. 108).

Portanto, é prerrogativa do juiz de analisar a súmula vinculante ao caso concreto e um direito de todo cidadão que necessita recorrer ao Judiciário para ter o seu direito garantido. O desrespeito a esta garantia seria uma clara violação ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que determina que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Nos outros casos previstos de precedente vinculantes no artigo 927 do Código de Processo Civil não há previsão de revisão e cancelamento dos mesmos.

Nesse sentido, questiona-se qual deverá ser a medida tomada pelo juiz de primeiro grau nos casos em que os precedentes não se adequarem ao caso concreto ou quando perceber que a sua aplicação for injusta para as partes.

Luís Gustavo Reis Mundim elucida que:

Com efeito, a formação do precedente estará a ocorrer em um espaço amorfo, desprocessualizado, que transforma o precedente em uma norma resultante apenas e tão somente da atividade intelectual dos julgadores e que não acresce em nada na legitimidade decisória e na construção do Estado Democrático de Direito (MUNDIM, 2016, p. 113).

Constata-se que a implantação do sistema de precedentes no Brasil ocorreu de maneira negligente tendo em vista as inúmeras violações de direitos fundamentais que ocorrem.

Vejamos os possíveis cenários de descumprimento do precedente no atual contexto: o juiz ou tribunal que descumprir precedente poderá ter a sua decisão como objeto de reclamação para os Tribunais Superiores, sendo que este devolverá o processo com o pedido para reformular a decisão conforme o precedente em questão, assim, o juiz não tem a possibilidade de desconsiderar o precedente.

Em caso de precedente em desfavor do autor da ação que o juiz negar preliminarmente improcedente o pedido, parte poderá recorrer da decisão por meio do Recurso de Apelação, o relator então poderá negar monocraticamente em respeito ao precedente, dessa forma, o autor da ação poderá ajuizar um Agravo Interno contra a decisão do relator (entretanto é importante ressaltar que o recurso em questão é passível de multa, tendo em vista que houve manifesta improcedência do pedido diante da existência de precedente). Se o Agravo Interno for negado é possível apresentar Recurso Especial que, provavelmente, será negado pelo juiz *a quo*, mais uma vez por desrespeito o precedente, dessa forma, caso a parte ainda queira recorrer da decisão é possível ajuizar Agravo Interno ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, mais uma vez passível de multa. Após este recurso, não há mais formas de recorrer da decisão ou maneira de ascender aos tribunais superiores (MUNDIM, 2017, p. 120).

Neste mesmo sentido é a compreensão de Maurício Ramires ao afirmar que:

A respeito disso, aliás, veja-se o paradoxo que o novo sistema reclamacional poderá gerar: se um juiz brasileiro resolver por bem, em uma sentença, descumprir diretamente um preceito legal ou mesmo constitucional, isso será tido como decisão judicial, inevitavelmente. A decisão será reformada, ou até anulada. Mas, para isso, deverá ser objeto de recurso ordinário, como qualquer

outra decisão: o sistema não concede qualquer atalho para a correção de tais “desobediências”. Entretanto, caso deixe de seguir um entendimento do Supremo exarado em controle difuso de constitucionalidade (e atenção: não se trata de desrespeitar súmula vinculante ou decisão em controle concentrado, que até podem se igualar à lei para estes efeitos), a decisão poderá ser objeto de “providências” de forma direta pela Corte. A “autoridade” das teses ou entendimentos do STF, assim, passa a ser mais garantida do que a da lei ou mesmo a da própria Constituição (RAMIRES, 2009, p. 60).

Entretanto, utilizar os precedentes com o intuito de vinculá-los utilizando a justificativa de que os mesmos foram prolatados por Cortes Superiores é um argumento positivista que não condiz com o princípio da autonomia do juiz, previsto no Código de Processo Civil, além do mais é fato que os Tribunais também falham inúmeras vezes em suas decisões. Então, como seria possível corrigir estes erros se não é permitido às partes, ou até mesmo ao juiz contradizer um precedente.

Sobre esta situação Antônio Aurélio de Souza Viana disserta que:

Portanto, seguindo-se a lógica da expansão da noção de precedentes obrigatórios, pouco importaria se a decisão é correta ou não – e sabemos do grande potencial de o judiciário decidir estapafurdidamente – basta ter sido dada por uma Corte dotada de autoridade suprema. O positivismo é combatido, não sem razão, exatamente por desprezar aspectos substanciais do ordenamento jurídico em favor de elementos formalísticos e, no mesmo sentido, o reconhecimento da autoridade de um precedente em razão da sua origem é potencialmente capaz de gerar os mesmos percalços pela aplicação do direito em viés positivista (VIANA, 2017, p. 136).

O cenário apresentando, com o Código de Processo Civil, para o Judiciário brasileiro é um estranho controle concentrado de constitucionalidade, juntamente com a busca pelo controle da legalidade com a “escolha de sacerdotes supremos autorizados a (enfim) fixar, de forma definitiva e inquestionável, o sentido dos textos legais e constitucional pela consagração (sacralização) desse sentido” (LEAL, 2012, p. 385). Além do mais, não se permite questionar o precedente sob pena de litigância de má-fé, restando nulas alternativas para superação do mesmo.

A importância que os precedentes vêm adquirindo no cenário jurídico atual é assustadora, nem mesmo no *common law* os precedentes têm um caráter vinculante tão estático como o que apresenta no Brasil. É importante destacar que este é um país de tradição *civil law*, as leis são a base do ordenamento jurídico brasileiro, é, no mínimo, descuidada, a observância obrigatória dos precedentes no Brasil.

Os precedentes podem ser utilizados no ordenamento jurídico brasileiro como uma importante forma de uniformização da jurisprudência ao serem utilizados de

maneira persuasiva, devem agregar sentido ao Direito, permitindo a sua transformação conforme as mudanças que ocorrem na sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida trouxe uma análise crítica dos precedentes judiciais implantados pelo atual Código de Processo Civil. Destinando-se a compreender no que consiste este instituto foram apresentadas as bases teóricas de sua formulação no *common law* e foi comparado com o que está apresentado no atual cenário jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, optou-se por fazer um resgate histórico de como ocorreu a construção das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* com o objetivo de examinar quais as principais diferenças e semelhanças entre estes dois modelos jurídicos. Buscou-se, em seguida, fazer uma análise pormenorizada do surgimento, instalação e consolidação dos precedentes judiciais ao expor quais as principais teorias que o envolvem e possíveis divergências doutrinárias. Além do mais, atentou-se para os elementos formadores e modificadores dos precedentes, responsáveis por ser um dos principais mecanismos de evolução do direito no judiciário do *common law*.

Com o intuito de entender como ocorre a utilização deste instituto jurídico no Brasil, que apresenta o propósito central de uniformizar a jurisprudência brasileira, foram estudados os demais procedimentos de padronização utilizados pelo judiciário, como as súmulas e utilização de jurisprudências dominantes e pacificadas. Mais adiante, foi possível elucidar como ocorre à inserção dos precedentes na prática jurídica brasileira.

Por fim, investigou-se como a criação de precedentes pelas Cortes Superiores influenciam o cotidiano forense, principalmente no que tange a autonomia decisória dos juízes de primeiro grau. Houve também a elucidação da problemática existente na normatização dos precedentes com observância obrigatória, além de constatar a inexistência de mecanismos importantes, amplamente utilizados no modelo tradicional de precedentes, para superação e revisão dos mesmos que não são utilizados no Brasil.

A partir do estudo apresentado constataram-se falhas significativas no modelo de precedentes adotado pelo Brasil que pode levar o judiciário a um congelamento de suas decisões, não permitindo acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade. Importante ter-se em conta que o precedente não é um mal em si,

contudo a maneira como ocorre o seu emprego tem acarretado sérios prejuízos para a efetivação da justiça na análise de casos concretos.

O presente estudo trata, de maneira criteriosa, os pontos positivos e negativos da utilização dos precedentes no judiciário brasileiro e entende que a busca por celeridade processual esteja acompanhada pela devida ponderação em respeito aos demais direitos fundamentais e aos princípios do processo civil. Não se pode justificar a busca pela estabilização da jurisprudência à custa de direitos fundamentais tão importantes quanto estes.

Ficou constatado que houve uma clara antinomia do artigo 8º do Código de Processo Civil no momento em que o artigo 927 do aludido código determina que os juízes e tribunais deverão respeitar obrigatoriamente os precedentes, assim dificulta a análise das particularidades do caso concreto pelo juiz impedindo que o mesmo busque atender os fins sociais e promova a dignidade da pessoa humana.

Nem mesmo no *common law* a utilização dos precedentes ocorre de maneira tão mecânica, como se estivessem diante de uma regra pronta. A utilização dos precedentes no sistema anglo-americano, como foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, passa por um intenso debate entre as partes, sobre a identificação da *ratio decidendi* e em seguida discute-se se o precedente é cabível no caso atual.

Salienta-se que, não pode ser correta a utilização de precedentes de forma cega, como vem ocorrendo no Brasil. Isto porque o sistema jurídico adotado pelo país, de *civil law*, entende que o juiz deve observância primordial à Constituição da República e, logo em seguida às leis complementares e ordinárias vigentes no país, primando sempre pela garantia do devido processo legal, com o respeito ao contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, é inconcebível que diante da análise de um caso concreto o juiz deixe de analisar questões fundamentais de competência constitucional para se ater ao entendimento proferido pelos tribunais superiores.

Além do mais, caso os magistrados de tribunais profiram decisões em discordância à Constituição, o juiz não pode ser forçado a decidir de acordo com tal previsão, ele deve ter sua autonomia respeitada e prezar por garantir o respeito à Carta Magna e as leis vigentes no país.

É cediço que a construção de uma jurisprudência sólida e estável é construída ao longo dos anos com a reiteração de decisões passadas do Tribunal, primando pela coerência e uniformidade. A forma como deve ocorrer a utilização dos precedentes no Brasil apresenta grandes divergências doutrinárias de concepção

quanto a sua legitimidade na sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, portanto é de suma importância o debate que gera enriquecimento de conteúdo e posicionamentos, objetivando sempre o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Não é escopo de este trabalho analisar a taxatividade do artigo 927 do Código de Processo Civil, entretanto, é importante estudá-la em pesquisas futuras, tendo em vista que se o aludido artigo tiver caráter meramente exemplificativo inúmeras outras situações poderão ser nomeadas de precedentes pelos Tribunais Superiores, o que agrava ainda mais a atual situação de vinculação dos mesmos.

Diante da construção de um Código de Processo Civil bastante atual e com respeito, em grande parte do seu texto, à Constituição da República, os precedentes judiciais, por outro lado, encontram-se em um local incerto quanto a sua validade. Isto não deslegitima a importância deste Código que vem melhorando bastante a tramitação dos processos no judiciário brasileiro.

Entende-se, portanto, que no Brasil os precedentes podem ser utilizados de maneira persuasiva com o escopo de uniformização da jurisprudência. Entretanto, mesmo a sua utilização sendo não obrigatória, a importação deste instituto carece de formulação de uma teoria adaptada para a realidade brasileira.

Foi estudado que no *common law* existe uma variedade de conceitos e situações para aplicação ou não do precedente. Diante disso, acredita-se que uma importante maneira para a construção de uma jurisprudência sólida e estável é a utilização dos elementos de construção, modificação e superação dos precedentes pelos juízes brasileiros na formulação de suas decisões judiciais. Não se pretende aqui que o juiz deva sempre respeitar o precedente, como atualmente ocorre. Mas espera-se que quando não ocorrer a sua aplicação seja de forma devidamente fundamentada ponderando entre o respeito às decisões anteriores e a observância dos fins sociais e o respeito à dignidade da pessoa humana no caso concreto.

Os precedentes são sim um ótimo mecanismo de uniformização da jurisprudência, contudo a sua utilização no Brasil deve seguir os preceitos da Magna Carta e os princípios do Direito Processual Civil.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245, p.351-377, jul. 2015.

BATISTA, Cristiano; NOGUEIRA, Patricia Barbosa. CPC/2015 e precedentes judiciais: um longo caminho para a construção de uma nova jurisprudência no direito brasileiro. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR - BA, 27., 2018, Salvador. **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III**. Salvador: Conpedi, 2018. v. 27, p. 173 - 191. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46>>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal** nº 1, de 1988. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

COELHO, Fábio Alexandre; QUINAIA, Cristiano. Processo Eletrônico:: perspectivas de eliminação das etapas mortas do procedimento. **Revista da Emesc**, São Paulo, v. 24, n. 30, p.269-284, Não é um mês valido! 2017.

CRAMER, Ronaldo. **A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Emerj, 2018.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **A relevância da fundamentação para formação e aplicação dos precedentes**. 2018. 340 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc-sp, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20884>>. Acesso em: 20 maio 2019.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **I Jornada de Direito Processual Civil**: Enunciados aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2017.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucionalidade da idade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: Castro, João Antônio Lima. (Coord.) **Direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 10, n. 14, p.231-252, dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

LOSANO, Mario G.. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Glossário Jurídico**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. **A arbitragem e os precedentes judiciais**: observância, respeito ou vinculação?. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc/sp, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20834>>. Acesso em: 28 maio 2019.

FONTELLES, Mauro José et al. Metodologia da Pesquisa Científica: Diretrizes para a elaboração de um protocolo de pesquisa. **Revista Paraense de Medicina**, Belém, v. 12, n. 1, p.1-9, mar. 2009. Disponível em: <https://cienciassaude.medicina.ufg.br/up/150/o/Anexo_C8_NONAME.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

GARCIA, Elias. Pesquisa Bibliográfica versus Revisão Bibliográfica - Uma discussão necessária. **Revista Línguas e Letras**, Cascável, v. 17, n. 35, p.291-294, maio 2016. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/linguaseletras/article/view/13193>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da Ufrgs, 2009. 120 p.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 175 p.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. **A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC**. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411270/A_for%C3%A7a_vinculante_dos_precedentes_no_relat%C3%B3rio_final_do_novo_CPC>. Acesso em: 23 de junho de 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 646 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr**, [s.l.], v. 49, p.11-58, 31 dez. 2009. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v49i0.17031>. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 15 maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 396 p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Agu**, Brasília, v. 15, n. 05, p.09-52, jul. 2016.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. 2017. 214 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Puc/sp, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21379>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, v. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1998, p. 87-104.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. [S.N.], n. 25, p.65-86, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**. In: Temas de Direito Processual – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORETTI, Thaís Cruvinel. **A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro**. 2014. 252 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02032015-122605/pt-br.php>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Segurança jurídica e precedentes no código de processo civil de 2015: Uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Potifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MundimLG_1.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz**. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2006/a-atuacao-criativa-do-juiz-e-a-efetividade-da-jurisducao-nos-juizados-especiais-do-distrito-federal-parte-ii-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 31 out. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico:: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013. 274 p.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 192 p.

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

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **REpro199**. São Paulo: RT, set. 2011

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANA, Antonio Aurelio de Souza. Precedentes vinculantes e as cortes supremas: uma análise crítica. **Teoria Jurídica Contemporânea**, [s.l.], v. 1, n. 2, p.122-146, 25 jul. 2017. Programa de Pos Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.21875/tjc.v1i2.8711>. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8711>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172. São Paulo: Revistas dos Tribunais, jun/2009, p. 121-174

ZANETTI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, 13 fev. 2017.