



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JOAQUIM SODRÉ DE SOUZA CARDOSO

**SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDEMANENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS POLÊMICOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Assis/SP
2020**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

JOAQUIM SODRÉ DE SOUZA CARDOSO

**SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDEMANENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS POLÊMICOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Joaquim Sodré de Souza Cardoso

Orientador(a): Luiz Antonio Ramalho Zanoti

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

C268s CARDOSO, Joaquim Sodré de Souza

Sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro: reconstrução histórica e aspectos polêmicos do código de processo civil / Joaquim Sodré de Souza Cardoso. – Assis, 2020.

29 páginas.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

1.Precedentes judiciais 2.Jurisprudência 3.Súmula

CDD: 340.65
Biblioteca da FEMA

SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDEMANENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS POLÊMICOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

JOAQUIM SODRÉ DE SOUZA CARDOSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto
Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do
Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão
examinadora:

Orientador: _____
Luiz Antonio Ramalho Zanoti

Examinador: _____
Gisele Spera Máximo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo, pois minha fé nele é minha maior motivação e nada seria capaz senão sob tua vontade.

Sou grato aos professores, por terem me preparado até o final para a carreira jurídica que pretendo ingressar, bem como à toda instituição, por ter provido meios alternativos para prosseguir com os estudos durante este ano turbulento marcado pela pandemia.

Agradeço a meus colegas de classe e companheiros de trabalho que me ajudaram com a idealização do tema deste trabalho.

Sou também grato a meu orientador Luiz Antonio Ramalho Zanoti a quem tenho muita admiração e que me instruiu atenciosamente no desenvolvimento desta monografia.

"A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito."
– Rudolf Von Ihering

RESUMO

Os precedentes judiciais possuem uma sistemática muito peculiar no Brasil, principalmente após o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 que trouxe maior regramento e especificidade acerca do presente tema.

Para tanto, é necessário entender algumas diferenças entre o conceito de precedentes, súmula, jurisprudência e decisões judiciais propriamente ditas, como também importa compreender algumas particularidades do nosso sistema cujo um precedente nem sempre é tomado como vinculante ou obrigatório, diferente de outros países que adotam à sistemática da *Common Law*.

Este trabalho busca explicar a finalidade da reforma do Código de Processo Civil bem como trazer aspectos positivos e negativos da forma dos precedentes que a Ordem Jurídica brasileira adotou, buscando assegurar maior segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; *Common Law*; Código de Processo Civil; Súmula; Jurisprudência; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The judicial precedents have a very peculiar system in Brazil, mainly after the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, which brought greater specificity and regulation on this subject.

Therefore, it is necessary to understand some differences between the concept of precedents, summary, jurisprudence and judicial decisions, as well as understanding some peculiarities of our system whose precedent is not always taken as binding or mandatory, different from other countries that adopt the systematic Common Law.

This labor seeks to explain the goals of the reform of the Civil Procedure Code as well as to bring positive and negative aspects of the precedents that the Brazilian Legal Order has adopted, seeking to ensure greater legal certainty.

Keywords: Legal precedents; *Common Law*; *Civil Procedure Code*; Summary; Jurisprudence; legal certainty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. ORDENAMENTO BRASILEIRO: COMMON LAW E CIVIL LAW	10
3. CONCEITO DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	14
3.1. DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES	16
3.2. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRECEDENTES, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES	17
4. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	20
4.1. PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	20
4.2. RECEDENTES X INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS	21
4.2.1. Distinção	24
4.2.2. Superação.....	24
5. CONCLUSÃO	26
6. REFERÊNCIAS.....	28

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica do Brasil é predominantemente caracterizada por uma tradição denominada de *civil law*, por razão desta ser adotada por Portugal e ter sido desenvolvida academicamente no Brasil desde o período colonial. Ocorre que com a modernização do direito, outra escola jurídica tomou espaço em âmbito mundial: a *Common Law*.

Na verdade, conforme será levantado logo no início deste estudo, a modernização do direito se faz pela colaboração dessas duas linhas de pensamento, onde um ordenamento jurídico jamais existirá sem contemplar ambas as tradições.

O que será discutido neste estudo é a forma como a escola da *common law* (do inglês "direito comum") se desenvolveu na ordem brasileira, em especial, na organização dos precedentes judiciais, que será o principal foco desta análise, também como sua funcionalidade se aprimorou – por assim dizer – no atual Código de Processo Civil.

Ocorre que em nossa legislação, na busca de legitimar a tradição da *common law*, doutrinadores ainda visualizam certo engessamento do direito, não se pode negar que há muito o que melhorar no tocante à nossas súmulas e jurisprudência, principalmente em relação à segurança jurídica, a independência funcional dos magistrados, bem como nossa Constituição Federal.

Apesar dessa controvérsia, este trabalho buscará também elucidar quais foram os limites que a legislação brasileira traz acerca dos precedentes e quais os novos meios que foram possibilitados para consagrar a segurança jurídica das decisões judiciais mesmo quando estas tenham que se nortear, obrigatoriamente, por outra decisão análoga.

2. ORDENAMENTO BRASILEIRO: COMMON LAW E CIVIL LAW

Primordialmente, devemos considerar a influência de duas grandes escolas que norteiam o direito brasileiro: a *Civil Law* e a *Common Law*. A primeira deriva do direito romano, que prioriza o positivismo, tendo as normas efeito geral e amplo, devendo ser interpretadas para que sejam abstraídas e aplicadas nos casos individuais. Enquanto a *Common Law* é de origem inglesa e disseminada no direito ocidental, é marcada pela maior valorização dos costumes, bem como o forte vínculo sucessivo que as decisões judiciais podem possuir, servindo como orientação para as decisões posteriores e semelhantes.

Lima (2013, p. 79-82) introduz resumidamente a origem da *Civil Law*:

Decorre dos princípios e regras dos antigos direitos romano e canônico, os quais, associados aos costumes dos povos germânicos que definitivamente ocuparam a Europa central após o século V d.C., formaram um conjunto elaborado de normas jurídicas que estão na base dos ordenamentos dos países direta ou indiretamente influenciados pelas nações do continente europeu.

Verifica-se traços do direito romano-germânico na sistemática jurídica, de forma modernizada, pela existência de um elaborado das leis (codificação das normas), como também a existência de hierarquia entre elas (Constituição, emendas, Leis Complementares e Leis Ordinárias, por exemplo), e ainda pela separação do direito entre Público e Privado.

A escola da *Civil Law* foi um marco fundamental para a organização das leis, por tornar relevante a necessidade de ter um direito escrito e codificado, destaca-se pela grande importância de regulamentar previamente as relações humanas e como consequência desta complexidade, a divisão do direito em searas.

O sistema romano-germânico também se caracteriza pela desvinculação, ou menor força normativa da jurisprudência e sua aplicação no direito material e decisões judiciais, não que esta não seja importante, mas é considerada apenas um instrumento subsidiário para situações em que a lei for omissa, assim como a analogia e a aplicação dos princípios gerais do direito.

É importante reforçar a finalidade do texto legislativo em amparar previamente todas as situações que possam ocorrer futuramente numa sociedade, tornando indispensável que sua redação seja muito bem organizada e precisa.

Todavia, não significa dizer que literalmente tudo deverá estar contido na lei, mesmo porque isso não seria materialmente possível, para tanto é necessário em muitos casos a interpretação. Com isso, demonstra-se que os costumes não podem ser excluídos da concepção jurídica.

Na *Civil Law* doutrina, jurisprudência e costume gozam, nitidamente, de um status normativo inferior, sendo utilizados exclusivamente como fonte supletiva, no caso de a legislação não solucionar a contento determinada questão. (LIMA 2013, p. 82)

No ordenamento jurídico brasileiro, essa situação é ilustrada no enunciado do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo consta “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL 1942)

Tratando-se da escola *Common Law*, conceituada em linhas gerais, nas palavras de Campos, é um sistema baseado fundamentalmente em precedentes jurisprudenciais, sobre forte influência anglo-americana. As decisões judiciais são fontes imediatas do direito, gerando efeitos vinculantes. A norma de direito é extraída a partir de uma decisão concreta, sendo aplicada por meio de um processo indutivo, aos casos idênticos no futuro. (CAMPOS 2017)

Este sistema é caracterizado por se basear nos costumes para a formação das decisões judiciais e não pela legislação, tampouco a necessidade do direito escrito ou, caso fosse, de forma muito reduzida. O direito, portanto, é moldado a partir da jurisprudência e dos precedentes.

A escola da *Common Law* reformou o sistema jurídico por criar a possibilidade de extrair das decisões judiciais individuais uma norma que irá regulamentar as relações futuras que se demonstrarem similares ao caso em que esta foi gerada.

Este é o ponto em que as duas escolas se tornam opostas, pois o sistema de *Civil Law* centra em organizar toda a redação legislativa para que o Órgão Julgador, em cada caso, faça a sua análise interpretativa e aplique o direito à luz da lei (*La bouche de La loi*), para tanto, as decisões judiciais iriam apenas possuir força normativa imediata para originar e revogar direitos a partir de uma regra geral, mas não gera nenhum vínculo para

situações análogas, que é o que ocorre com os precedentes judiciais, conforme será mostrado adiante.

Ainda, Didier especifica que não é a simples existência dos precedentes que legitima a *common law*, mas principalmente porque é de elevada importância no tocante à sua função normativa:

Não se pode dizer, portanto, que só há precedente em países de common law, há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do common law prestam-lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo-lhes, muita vez, eficácia normativa. (DIDIER Jr. 2020, p. 570)

Saliente que a tradição do direito romano-germânico é basilar e fundamental para qualquer ordenamento jurídico que, assim como o Brasil, possua as leis redigidas em tamanha complexidade. É cediço, portanto, que o sistema brasileiro adota majoritariamente ao modelo de *Civil Law*.

Destaque para o Código Penal, pois em razão do princípio da legalidade e anterioridade, nenhum ato poderá ser criminalizado sem que haja expressa previsão legal, nesta ocasião se verifica a influência expressiva do direito romano-germânico pela necessidade dos fatos e suas respectivas sanções estarem previstos em lei.

Apesar de considerado filiado à escola da *Civil Law*, é possível encontrar no direito brasileiro características da influência anglo-americana, devido à maior valoração voltada à jurisprudência e aos precedentes judiciais, porém os efeitos jurídicos destes institutos são diversos, e não possui sua eficácia penas no sentido vinculante, por esta razão, uma análise minuciosa será realizada nos próximos capítulos deste estudo.

O que se pode concluir dessas duas escolas é que um ordenamento não necessariamente deverá admitir apenas uma dessas sistêmicas, tendo em vista a grande importância da codificação das leis no mundo moderno, como também a relevância da jurisprudência.

Neste ponto, TARUFFO (2011, p. 139) constata:

Cumprir destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos

ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*...

Taruffo ainda acrescenta que esta distinção costuma ser feita por conta da forma como o direito se formou em determinado ordenamento, já que atualmente não se pode mais adotar apenas uma das duas formas:

Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’. (TARUFFO 2011, P. 139)

Conclui-se, portanto, que as escolas da *Common Law* e *Civil Law* apesar de aparentarem serem totalmente divergentes e antagônicas, não se anulam, pois, muito pelo contrário, se complementam compondo a sistemática jurídica da maioria dos países como também do Brasil.

3. CONCEITO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

“Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER Jr. 2020, p. 557).

Agregando a isso, precedentes são – ainda em sentido amplo – não se limita a ser uma decisão judicial, mas a sua capacidade de solucionar um ou mais casos posteriores, sucessivamente.

É importante ter ciência que o nosso direito positivo engloba normas de caráter geral (leis e Constituição Federal, por exemplo) que irão versar sobre quaisquer casos jurídicos, e que no momento em que o magistrado decidir, deverá reconstruir essa norma geral através da interpretação e delimitá-la para uma situação em específico conforme sua fundamentação, que se fará de acordo com sua opção hermenêutica adotada, dessa forma, seu dispositivo irá gerar uma norma de caráter individual que irá reger apenas sobre a situação que fora examinada (DIDIER Jr. 2020, p. 558-560).

Em resumo, o magistrado irá reconstruir duas normas jurídicas: uma norma de caráter geral, conforme dito: da legislação vigente, e aplicar outra de caráter individual por meio do dispositivo da decisão, firmada de seu convencimento e fundamentada pelas demais fontes do direito.

Para tanto, essa decisão deverá ter consigo uma tese principal, ou seja, aquela que imprescindivelmente determinou o convencimento do magistrado para aplicar a lei, esta pode ser denominada *ratio decidendi*. A doutrina, por sua vez, possui diversas correntes para identificar esta *ratio* nas decisões judiciais, mas em linhas gerais, a *ratio decidendi* pode ser identificada por aquela que, com sua ausência, seria impossível visualizar uma ligação do fato e suas circunstâncias com as demais normas e, conseqüentemente, seria infundada a decisão sem este elemento.

A *ratio decidendi* ou *holding* (expressão utilizada no direito norte americano), constitui a essência da tese jurídica em determinado julgamento, suficiente para decidir a lide no caso concreto. Seria essa, a regra que vincularia os julgados subsequentes, caracterizando-se na matriz de suas fundamentações. Ademais, tal *ratio* pode ser

identificada na regra jurídica disposta no encerramento da sentença, na justificação que cabe ao magistrado ou no conceito normativo no qual se fundamenta a sentença (CADOIRE 2007, p. 61).

Pode-se dizer, na verdade, que a *ratio decidendi* é o próprio precedente em sentido estrito, pois dela que se extrai a regra que será capaz de vincular os casos sucessores. Ressaltando que, em sentido amplo, o precedente é a decisão judicial como um todo, conforme supracitado nas palavras de Didier, isso porque nem toda decisão é necessariamente um precedente, mas este estará necessariamente contido no julgamento em sua *ratio decidendi*.

Ainda, não se deve limitar a dizer que a *ratio decidendi* é estritamente a fundamentação, na verdade, esta não corresponde integralmente a nenhum dos elementos da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo). Sob esta questão, para localizar a *ratio decidendi*, Marinoni enumera que, basta identificar: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão que se chega. (MARINONI 2011, p. 221-223)

Saliente-se, que além da *holding* (ou *ratio decidendi*), existem muitos outros elementos numa decisão judicial que, apesar de acessórios e secundários, enriquecem o corpo desta decisão ampliando o respaldo, principalmente na fundamentação, mas que não compõem a tese principal utilizada da decisão, estes elementos são denominados *obiter dictum*.

Pode-se extrair disso, a interpretação de que *obter dictum*, de forma residual, são os elementos da decisão que também afirmam o direito, mas que não compõem a *ratio decidendi*. Nesse sentido, segundo Côrtes: A verdadeira decisão tomada pelo Tribunal, ou melhor, a razão utilizada pelo magistrado, é chamada de *ratio decidendi* (ou razão de decidir), e é vinculativa, devendo ser respeitada. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência da *commom law* falam, também, em *obter dictum*, o que integra a decisão de forma indispensável, mas não vincula para os casos subseqüentes. (2008, p. 115)

3.1. DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

Conforme mencionado no título anterior, uma decisão judicial aplica duas normas: uma geral e uma individual, esta segunda é aplicada da tese de interpretação do órgão jurisdicional que conseqüentemente estaria dotada de *ratio decidendi*.

Essa tese aplicada, possui – fatalmente – a aptidão de se tornar novamente uma regra geral, isso porque os precedentes judiciais são *ato-fato jurídico*, segundo a doutrina majoritária. Isso implica dizer que um precedente decorre de ato jurídico: que são as decisões, porém possuem uma eficácia que é inerente à vontade humana, que seria um fato jurídico, por isso a precedente se caracteriza como *ato-fato*.

Conforme reafirma DIDIER (2020, p. 569-570): o *ato-fato jurídico* é um ato humano que produz efeitos jurídicos independente da vontade de quem o pratica. É *ato*, pois é agir humano, mas é *fato*, porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade humana é irrelevante.

Saliente-se que no nosso sistema de *common law*, as decisões judiciais possuem o condão de se tornar norma para as situações posteriores análogas, por meio dos precedentes, que por sua vez poderão ou não ter eficácia vinculativa, isso dependerá se sua tese for totalmente compatível com as situações supervenientes, a ponto de se verificar necessário aplicar esta mesma *ratio* para os outros casos.

Tornam-se, conseqüentemente, obrigatórios nos casos em que são aplicáveis as mesmas razões e circunstâncias de fato (ou muito próximas) de uma decisão pretérita, salientando que essas decisões vinculantes estão inclusas no rol taxativo do art. 927, do CPC, que ainda será aprofundado neste estudo.

Caso contrário, não possuiriam a eficácia vinculativa, tratando-se meramente de precedente persuasivo.

A identificação dos precedentes persuasivos, conforme demonstra a doutrina: é feita por exclusão, ou seja, são persuasivos todos aqueles que não forem obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Também se diz que um precedente é persuasivo quando o juiz não está obrigado a segui-lo, de forma que, se o seguir, é porque está convencido da sua correção (SOUZA 2011, p. 53).

Logo, os precedentes não vinculantes (ou persuasivos) apenas servirão para firmar convencimento de uma tese, tanto pela parte na demanda de um direito como de um

órgão jurisdicional que fundamenta sua decisão. Não é obrigatório, portanto, acaba-se feita uma correção para firmar que este ainda pode ser aplicado numa situação examinada por se tornar verossímil apesar de não possuir todos os atributos de um precedente vinculante.

3.2. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRECEDENTES, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES

Far-se-á necessário compreender, de forma cautelosa, cada um destes conceitos: jurisprudência, precedentes judiciais e súmula para que não haja confusão entre esses institutos, como também expandir a compreensão acerca do principal objeto deste estudo: os precedentes judiciais, que, já conceituado *in retro*, tem-se como a decisão judicial que, dotada de *ratio decidendi*, possui força normativa exemplar para quando ocorra situações jurídicas similares.

Essa distinção é também importante para evitar que esses termos por ventura possam ser utilizados de forma inadequada, visto que jurisprudência, precedentes e súmulas muito se assemelham no sentido de buscar o direito em costumes e decisões pretéritas, se consagram pela tradição da *common law*, da escola do direito anglo-americana.

A jurisprudência, segundo REALE (2006, p. 167-169) é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

Esta se encontra em uma quantidade de julgados quem possuíram circunstâncias de fato e motivações semelhantes, tornando possível extrair um entendimento dos tribunais acerca de determinado assunto.

No entanto, não há uma principal tese totalmente discernível, como pode ser identificada no precedente judicial.

Isso porque nos precedentes deverá conter uma “ponte” construída pelos fundamentos da decisão, que levarão o direito a ser compreendido de uma forma que o torna aplicável em um caso concreto. Essa “ponte”, de forma metafórica, é compreendida como a *ratio decidendi*.

“A constituição de mecanismos jurisprudenciais não vincula por si uma decisão, apenas conduz um entendimento, inclusive para coerência de fundamentação de um tribunal. Desse modo, auxilia na interpretação tanto do juízo quanto das partes acerca de um caráter decisório” (BASTOS 2019).

A orientação jurisprudencial é, portanto, um instrumento eficaz no nosso sistema jurídico, pois é capaz de sintetizar o entendimento majoritário dos tribunais sobre determinada questão à luz de decisões pretéritas. Ocorre que, as principais razões do julgamento tornam-se abstratas diante da pluralidade de textos que se fazem necessários.

Recorrendo aos ditados de TARUFFO (2011, 140):

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.

Assim, a *ratio decidendi* resta suscetível diante desta coletividade e por isso não se extrai uma tese totalmente compatível destas decisões, diferente dos precedentes, e em especial os vinculantes, pois não buscam apenas afirmar um entendimento, mas aplicar a mesma tese jurídica – ou muito próxima – de uma única decisão análoga.

Sem prejuízo, por consequência, a jurisprudência não deixa de ser o coletivo de precedentes.

As súmulas, por sua vez, também representam de certa forma o entendimento de tribunais, porém não pode ser extraída de um amontoado de decisões como na jurisprudência. Só se criará *súmula* quando assim consolidado pelo tribunal diante da necessidade de pacificar seu entendimento acerca de determinada questão jurídica.

O termo *súmula* deriva do latim *summula*, que tem o significado de sumário ou índice de alguma coisa. É o que de modo abreviado explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa (DALLEFI 2016, p. 61)

Assim, a *súmula* se caracteriza como a consolidação objetiva de um tribunal acerca de seu posicionamento sobre determinada questão jurídica, que se faz por meio de enunciados, também chamada de *orientação jurisprudencial*.

Os enunciados de súmula podem atuar como remédio judicial contra decisões que possam se mostrar contraditórias, visto que é possível encontrar em nossa jurisprudência decisões de tribunais divergentes.

Nessa ocasião, Tucci constata sobre como isso é trivial no Brasil, que possui mais de 50 tribunais de segundo grau e num mesmo momento temporal, acórdãos contraditórios, evidencia-se significativa ausência de uniformidade da jurisprudência e, como natural decorrência, conseqüente insegurança jurídica. E esse grave inconveniente pode ser inclusive constatado, por paradoxal que possa parecer, num mesmo tribunal, revelando divergência de entendimento, *intra muros*, entre câmaras, turmas ou sessões (J. R. CRUZ E TUCCI 2015).

Por outro lado, não se pode dizer que as súmulas gozam de total segurança jurídica, visto que muitas vezes são aplicadas como dispositivo de lei, já que na prática, estes enunciados acabam por ser utilizados sem observância aos casos concretos que ocasionaram sua elaboração e, ainda, não terá margem o órgão julgador para buscar distinguir ou superar este enunciado, como pode ocorrer nos precedentes.

Nessa esfera, MARINONI (2011, p. 217-218) critica os métodos de utilização das súmulas no Brasil:

(...) as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à sumula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto.

Verifica-se, portanto, aspectos nos quais demandam demasiado cuidado em relação à segurança jurídica no Brasil e nos seus traços em que se referem à tradição da *common law*. Salientando, no próximo capítulo, a forma como Código de Processo Civil busca assegurar isonomia e segurança jurídica no vigente sistema de *common law*, enfatizando neste estudo, os precedentes judiciais.

4. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

4.1. PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como dito no início do capítulo anterior, os precedentes nada mais são do que decisões judiciais passíveis de uso em processos diversos cujos elementos normativos sejam análogos, e almejam, por finalidade, a isonomia, celeridade processual e a segurança jurídica.

Em primeira análise, devemos salientar que no CPC de 1939 havia o instrumento chamado “recurso de revista”, que foi criado como mecanismo para manter o mesmo posicionamento jurídico dentro de uma mesma corte. Já no CPC de 1973, o recurso de revista foi substituído pelos embargos de divergência, recurso este que foi mantido pelo Código atual nos artigos 1.043 e 1.044, que dispõem respectivamente:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

§ 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação. (BRASIL 2015)

Ainda, em ponto de expressa preocupação direta do legislador ordinário quanto à elaboração do Novo Código de Processo Civil com a inclusão dos precedentes se exemplifica no art. 926 deste:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL 2015)

Assim, nítido dizer que o novo CPC foi elaborado sobre um prisma de igualdade entre as decisões judiciais, contudo, tal igualdade pode se tornar a desigualdade por si só. Como podemos extrair em uma interpretação análoga dos ensinamentos de NERY (1999, p. 42) do qual diz “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Extrai-se do pensamento de Nery, deste modo, que a busca estatal em razão da equidade da prestação jurisdicional aos litigantes deve ser sopesada ao fato da condição pessoal de cada um, assim, inviável tratar todos de forma igualitária no bojo processual, haja vista que a própria equidade, com base na vivência, costumes e o meio social de que cada indivíduo possui, torna-se, por sua vez, a desigualdade entre os sujeitos.

Não obstante dizer, por sua vez, que a própria figura do precedente pode ferir o princípio das motivações judiciais (conforme se verá no próximo título), do qual se traduz à restrição e obrigação que o magistrado possui quanto à fundamentação de suas decisões com base na lei existente. Deste modo, o cerceamento da interpretação subjetiva do togado ocorre quando apresentado um único entendimento como meio de argumentação no processo civil a ser sentenciado.

4.2. RECEDENTES X INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS

Em suma, a linha entre o julgamento equilibrado pelas cortes brasileiras e as condições subjetivas das partes processuais se torna tênue, pois mesmo que as condições

jurídicas sejam análogas, o fator pessoal do sujeito deverá (ou deveria) ser traduzido em um julgamento diverso do precedente, a ser, em *prima facie*, seguido pelo magistrado.

Para tanto é necessário nesse momento, a análise do artigo 927, do Código de Processo Civil, que consta:

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.

Segundo a doutrina, é subentendido desse artigo que se trata de um rol dos precedentes e súmulas de eficácia vinculante, quanto a isso, observam-se críticas da doutrina acerca desse dispositivo, vejamos:

O artigo em comento inova por reunir todos os enunciados de súmula e modalidades decisórias que contenham efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que esses possuam gradações diferentes. Somente os incisos I e II apresentam efeito vinculante propriamente dito, com previsão constitucional (GONZATTO e FERRACINE 2019).

Nesse sentido, TUCCI (2015, p. 454) critica que houve lamentável equívoco na redação do artigo 927, do CPC, já que impõe que todos os magistrados e tribunais observarão os mencionados precedentes, “como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical”.

Neves possui posicionamento semelhante:

Afirma-se que a vinculação obrigatória às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência, invade a seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas, criando uma vinculação inconstitucional e preceitos abstratos e gerais fixado pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei. (NEVES 2016, p. 1395-1396)

Os precedentes vinculantes podem, inclusive, fazer com que o magistrado julgue liminarmente improcedente a demanda, conforme o art. 322 caso a petição inicial contrarie, por exemplo acórdão do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, (previsto no inciso II do mesmo artigo).

Para tanto, quando o juiz decidir com base nos precedentes, o artigo 927, §1º do Código de Processo Civil, deverá possibilitar as partes manifestação prévia, em respeito ao princípio da vedação às decisões-surpresa, que se consagra no artigo 10, do CPC:

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

Isso para que a parte, tendo seu pedido negado de acordo com um precedente tenha a oportunidade de impugnar essa decisão, que deverá ser feita através da distinção (*distinguish*) e da superação (*overruling*) que será mais detalhada logo a frente.

Observando-se também que o magistrado terá, primordialmente, o dever de fundamentação elencado no artigo 489, §1º do código:

Art. 489 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- 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;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O inciso 'IV' fixa a obrigação dos magistrados de que não poderá deixar de seguir o precedente (importante notar que isso inclui os enunciados de súmulas e jurisprudência).

Verifica-se, no entanto, neste mesmo artigo a exceção para isso: que prevê a necessidade de superação e distinção caso não for aplicável, nas hipóteses em que o julgador estaria vinculado, cujo a técnica para isso será ilustrada adiante.

4.2.1. Distinção

Fala-se em *distinguishing*, quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma (precedente), seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente como também eventualmente possa haver alguma peculiaridade que o torne distinto (SOUZA 2011, 142).

O magistrado deverá fazer um comparativo entre a situação em exame e a decisão que ensejou aquele precedente e verificar a diretriz daquela decisão *precedente*, conforme explica Hellman, é necessário identificar as circunstâncias fáticas e fundamentos determinantes de ambos os casos, como uma técnica de confronto, devendo aplicar o precedente apenas se houver compatibilidade entre o precedente e o caso em tela (HELLMAN, 2016).

Exige-se uma qualidade argumentativa para encontrar alguma distinção fundamental, não só para os magistrados, como ocasionalmente às partes do processo, como ilustrado anteriormente, numa situação em que a petição inicial possa ser indeferida nos termos do art. 322, do CPC.

4.2.2. Superação

A superação (ou *overruling*), tão importante quanto o *distinguishing*, é a perda da força vinculante de um precedente para outro.

Existem nos demais sistemas jurídicos uma forma expressa e outra tácita de *overruling*, porém a segunda não está prevista no ordenamento brasileiro, tendo em vista o art. 927, §4º do Código de Processo Civil, que determina que as alterações jurisprudenciais sejam expressas e justificadas.

A expressa (*express overruling*) e única utilizada no Brasil, é quando um tribunal resolve adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, cujo ordenamento prevê

técnicas de superação dos precedentes judiciais e dos enunciados sumulares, conforme os §§ 2º a 4º do art. 927, do CPC (DIDIER Jr. 2020, p. 615-616):

Art. 927 § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (BRASIL 2015)

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, a técnica de superação de precedentes, diferente do *distinguishing*, não exige tamanho vigor interpretativo e comparativo do caso concreto com o precedente, visto que a legislação prevê que esta superação necessariamente será fundamentada por teses já discutidas em audiência pública, por exemplo, ou por novos enunciados que revogam os anteriores.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, a tradição da *common law* se concretiza de forma peculiar, já que a lei escrita ainda possui maior status normativo em relação aos precedentes de jurisprudência e enunciados. Esta irá se efetivar, dentre outras formas, pela positivação dos precedentes.

Conforme exposto neste estudo, o Código de Processo Civil elencou algumas particularidades em que os precedentes possam se tornar obrigatórios, sendo questionável se este fenômeno afronta à independência funcional dos magistrados e até mesmo à Constituição, visto que o precedente possui força normativa sem expressa previsão constitucional (no tocante ao art. 927, incisos III, IV e V, do CPC).

Entretanto, existe outra parcela da doutrina, como Marinoni, Mitidiero, Arenhart, Didier, entre outros que apoiam este advento, isso porque esta doutrina defende que há uma confusão entre a hermenêutica dos tribunais, que é tratada por outra parte da doutrina como uma “capacidade de legislar” atribuída erroneamente ao poder judiciário.

Mitidiero explica que essa confusão se dá pela tendência que o Brasil ainda possui por ter adotado à tradição da *Civil Law* em toda a sua história e que para isso associa-se que qualquer efeito vinculante deverá existir expressa previsão legal:

O problema da vinculação ao direito no Brasil sempre foi pensado como algo concernente apenas à legislação, cuja aplicação para os casos concretos dar-se-ia com a colaboração de um *juge inânime* – encarregado apenas de declarar uma norma preexistente para a correta solução do caso. E mesmo quando se percebeu que a lei poderia não ser suficiente, ainda assim se imaginava que a tarefa do juiz estava ligada a extrair da legislação a resposta para o caso concreto. Daí que a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade foram conceitos normalmente pensados tendo como referencial exclusivamente a legislação – sendo essa inclusive a abordagem da nossa própria Constituição. Essa forma de pensar, contudo, encontra-se impregnada pela ideologia da separação dos poderes – na sua versão ligada ao ciclo constitucional revolucionário francês – e pelo cognitivismo interpretativo. (MITIDIERO, 2017)

Eis a controvérsia de sua constitucionalidade.

Quanto à segurança jurídica, deve-se lembrar que não só obrigatórios podem ser os precedentes, como também nosso ordenamento prevê técnica para sua aplicação, distinção e superação.

Esses instrumentos demandam dos órgãos jurisdicionais interpretação rigorosa acerca das teses em que firmaram os precedentes, como também atribui ao Poder Judiciário mecanismos para a modernização dos precedentes no decorrer do tempo.

Os precedentes, caso aplicados numa situação concreta trazem também maior celeridade processual, pois ao apreciar uma petição inicial, o magistrado poderá verificar se o direito pretendido já foi uma matéria discutida pelas hipóteses do rol do art. 927, do CPC.

Ao identificar que determinado pedido já foi discutido e constitui matéria de precedente, caso verifique que a demanda é passível de indeferimento, concederá prazo para que o autor se manifeste (conforme art. 10, do CPC), oportunidade na qual a parte poderá alegar distinção ou superação do precedente em exame, para que após, o pedido possa ser ou não julgado liminarmente nos termos do art. 332, do mesmo Código.

Caso contrário, se o precedente demonstra que o pedido da parte deve prosperar, o art. 311 prevê a tutela provisória de evidência para essa situação. Além do mais, tratando-se de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (inciso II do mesmo artigo), excepcionalmente, o art. 9º, § único, inciso II, do CPC prevê o julgamento liminar concedendo o pedido fundamentado especificamente deste precedente.

Diante do exposto, conclui-se que os precedentes proporcionam maior celeridade processual, bem como segurança jurídica no sentido de remediar a divergência de decisões acerca de temas análogos e, conforme visto, nem mesmo o contraditório deixou de ser zelado pelas regras do CPC.

Dessarte, acabam por exigir um cuidado especial dos magistrados, porém conforme exposto, não se pode dizer que o exercício da jurisdição restará prejudicado ou subordinado.

Isso porque, na verdade, o magistrado, defronte a um precedente não está obrigado a aplica-lo, mas se assim não fizer, deverá enfrentar essa tese respaldado de instrumentos legais, quais sejam, a distinção e a superação.

6. REFERÊNCIAS

- BASTOS, Athena. *Jurisprudência: o que é, como usar e qual sua importância na advocacia*. 27 de agosto de 2019. <https://blog.sajadv.com.br/jurisprudencia-e-advocacia/> (acesso em 19 de agosto de 2020).
- BRASIL. “Lei n. 13.105, de 16 de mar. de 2015.” *Código de Processo Civil*, mar de 2015.
- . *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. 04 de Setembro de 1942. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.
- CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização da Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAMPOS, Fernando Teófilo. *Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações*. 10 de dezembro de 2017. <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. São Paulo: Revista do Advogado, 2015.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente e súmula. Coluna Paradoxo da Corte*. 07 de julho de 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-ano> (acesso em 19 de julho de 2020).
- DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. *Da Segurança Jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/Influências do Sistema da Common Law e Civil Law. Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Marília-SP: Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, 2016.*
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 15ª. Salvador: Juspodivm, 2020.

- GONZATTO, Bianca Gonçalves, e Renato Augusto FERRACINE. *O Sistema de Precedentes Vinculantes no Código de Processo Civil*. 15 de outubro de 2019. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-sistema-de-precedentes-vinculantes-no-codigo-de-processo-civil/> (acesso em 18 de agosto de 2020).
- HELLMAN, Renê Francisco. *NOVO CPC - PRECEDENTE JUDICIAL*. 3 de fev de 2016. https://www.youtube.com/watch?v=RafpIIMc1bU&t=247s&ab_channel=ProfessorRen%C3%AAHellman (acesso em 29 de ago de 2020).
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da Persuasão à Vinculação*. 2. ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de Processo Civil*. Salvador: 9. ed. Jus Podivm, 2016.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1ª. Curitiba: Juruá, 2011.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2011.