



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO CEARÁ – ESMEC**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

**RAUL FEITOSA DE LUCENA CANDIDO**

**O PRECEDENTE JUDICIAL E A SUA VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA**

**FORTALEZA**

**2020**

RAUL FEITOSA DE LUCENA CANDIDO

O PRECEDENTE JUDICIAL E A SUA VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura do Ceará (Esmec), como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientador(a): Prof. Me. Damião Soares Tenório

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

---

C217p Candido, Raul Feitosa de Lucena  
O Precedente Judicial e a sua vinculação obrigatória / Raul  
Feitosa de Lucena Candido. – 2020.  
56 f.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do  
Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará,  
Especialização em Direito Processual Civil, Fortaleza, 2020.  
Orientação: Prof. Me. Damião Soares Tenório.

1. Precedente judicial. 2. Obrigatoriedade. I. Título.

CDDIR 342.465

---

Bibliotecária: Hivana Evely Serpa de Mesquita CRB-3/1568

RAUL FEITOSA DE LUCENA CANDIDO

O PRECEDENTE JUDICIAL E A SUA VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura do Ceará (Esmec), como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientador(a): Prof. Me. Damiano Soares Tenório

Aprovada em: 22/06/2020.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Damiano Soares Tenório (Orientador)  
Universidade de Fortaleza

---

Prof. Me. Jeferson Cavalcante de Lucena  
Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas

---

Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto  
Universidade Federal do Ceará

## RESUMO

Cumpra o presente trabalho o objetivo de apresentar o sistema de precedente judicial obrigatório introduzido no ordenamento jurídico brasileiro e a sua aplicação no sistema processual civil brasileiro, trazendo a dúvida sobre a sua real obrigatoriedade, considerando quatro institutos previstos no Código de Processo Civil de 2015, que suscitam a discussão, uma vez que os referidos dispositivos induzem ao pensamento de que haveria, no art. 927 do referido diploma, precedentes judiciais mais ou menos vinculantes que os outros, obrigando, por exemplo, a sua utilização para o julgamento do mérito, mas afastando a possibilidade de sua utilização para indeferimento liminar do pedido, ideia que deve ser rechaçada por meio de uma interpretação sistêmica do Código, permitindo que se utilizem as decisões contidas no art. 927 como parâmetros de julgamentos de todas as decisões que permitam diminuir o tempo do processo, permitindo a garantia à segurança jurídica e à igualdade das partes no processo.

**Palavras-chave:** Precedente judicial. Obrigatoriedade.

## **ABSTRACT**

The present work fulfills the objective of presenting the system of mandatory judicial precedent introduced in the Brazilian legal system and its application in the Brazilian civil procedural system, raising doubts about its real obligation, considering four institutes foreseen in the Civil Procedure Code of 2015, that provoke the discussion, since those devices induce the thought that there would be, in art. 927 of referred diploma, judicial precedents more or less binding than the others, forcing, for example, its use for the judgment of the merits, but excluding the possibility of its use for preliminary rejection of the request, an idea that must be rejected by means of a systemic interpretation of the Code, allowing the decisions contained in art. 927 as parameters of judgments of all decisions that allow to decrease the time of the process, allowing the guarantee to the legal security and equality of the parties in the process.

**Keywords:** Judicial precedent. Obligatoriness.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 OS SISTEMAS DO DIREITO .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Civil Law .....</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Common Law .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 O sistema adotado pelo Brasil.....</b>	<b>22</b>
<b>3 O PRECEDENTE JUDICIAL .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Definição de precedente judicial .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 A forma de aplicação do precedente.....</b>	<b>29</b>
<b>3.3 A jurisprudência como fonte do Direito .....</b>	<b>32</b>
<b>3.4 As possibilidades de mudança, revisão e superação do precedente     judicial.....</b>	<b>35</b>
<b>3.4.1 <i>Distinguishing</i>.....</b>	<b>35</b>
<b>3.4.2 <i>Overruling: revogação do precedente judicial</i> .....</b>	<b>38</b>
<b>4 O PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: É OBRIGATÓRIO OU NÃO? .....</b>	<b>41</b>
<b>4.1 Aplicação do art. 927 .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2 A improcedência liminar do pedido .....</b>	<b>44</b>
<b>4.3 Da tutela de evidência.....</b>	<b>46</b>
<b>4.4 Da competência do Relator .....</b>	<b>49</b>
<b>4.5 Da Reclamação .....</b>	<b>50</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O assunto a ser abordado pelo presente trabalho monográfico é a discussão acerca da força vinculante do precedente judicial no arcabouço normativo do Direito Processual Civil brasileiro.

O Código de Processo Civil brasileiro dispõe, no art. 927, um rol de decisões às quais se atribui eficácia vinculante, ao tempo em que prevê institutos que têm como objetivo um dos mais basilares fundamentos do diploma legal, o de possibilitar a prestação jurisdicional de forma mais célere, ou seja, encurtar a duração do processo sem dispensar a segurança jurídica.

O estudo foi desenvolvido em três capítulos. O primeiro capítulo foi destinado à apresentação dos dois sistemas jurídicos considerados mais antagônicos, *Civil Law* e *Common Law*. Dessa forma, é necessária uma revisitação ao Direito Romano, que é considerado uma forte demonstração da codificação prezada pelo sistema romano-germânico, bem como uma breve introdução ao direito estadunidense e britânico, que são os exemplos mais frequentes de caracterização da *Common Law*, que tanto valoriza as decisões já proferidas em casos anteriores. Ainda no primeiro capítulo, foi realizada uma análise sobre as fontes do Direito em cada sistema, sendo possível observar com maior clareza a força da jurisprudência como fonte do Direito em cada um deles. De igual forma, foi possível concluir que o Brasil é adepto da *Civil Law*, mas com fortes influências da *Common Law*, no que diz respeito à tendência de tornar vinculantes as decisões proferidas em casos precedentes e análogos.

A análise sobre o conceito de precedente judicial, tal como visto no sistema em que é vinculante, foi ocupada pelo segundo capítulo, que se destinou a conceituar o precedente tal como uma decisão proferida em caso passado e análogo ao *sub judice*, sendo necessária a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, bem como a explanação sobre seu nível de obrigatoriedade em cada sistema jurídico, ou seja, *Civil Law* ou *Common Law*, sendo visível no último a sua força vinculante. Ficou demonstrado, ainda, como se dá a aplicação do precedente judicial. Necessário se fez tecer considerações sobre a jurisprudência como fonte do Direito, uma vez que, apesar da divergência doutrinária demonstrada, ela é considerada uma fonte em ambos os sistemas, variando apenas no que diz respeito à obrigatoriedade, o que tornou necessária, ainda, a sua diferenciação com o

precedente. As possibilidades de mudança, revisão e superação do precedente também foram abordadas em tópicos específicos, nos quais se falou em *distinguishing* e *overruling*.

O terceiro capítulo foi destinado à análise pretendida acerca da obrigatoriedade ou não do precedente judicial, elencando o rol exposto pelo art. 927 e comparando o rol trazido pelos arts. 311, 332, 932 e 988 do Código de Processo Civil, que tratam, respectivamente, da tutela de evidência, da improcedência liminar do pedido, da competência do Relator e da Reclamação. Todos os institutos diminuem o tempo do processo e prestam a atividade jurisdicional mais célere com base em precedentes expostos em cada um dos dispositivos.

Acontece que as decisões que são de observância obrigatória pelo art. 927 não se prestam, na sua totalidade, por exemplo, a permitir a concessão de tutela antecipada com fundamento na evidência, nem permitem que haja a improcedência liminar do pedido com fundamento em quaisquer das hipóteses ali previstas, pois quando da disposição específica, não houve reprodução integral ou referência ao dispositivo.

Quanto à metodologia utilizada, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, por meio de explicações expostas em trabalhos através de livros, artigos e publicações disponibilizadas na Internet. Houve ainda pesquisa documental à legislação pátria.

## 2 OS SISTEMAS DO DIREITO

Recomenda-se que o estudo do precedente judicial seja introduzido por uma visitação aos sistemas ou às tradições jurídicas mais conhecidas no mundo ocidental. Isso porque a evolução do estudo do direito comparado permite afirmar que não há apenas a *Civil Law* e a *Common Law*, e que cada conjunto de normas forma um sistema jurídico, existindo, portanto, o Direito Muçulmano, o Direito da Índia, o Direito do Extremo Oriente, dentre outros.

Porém, como o presente trabalho tenciona falar sobre o precedente judicial e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, necessária se faz uma comparação entre as duas famílias jurídicas a princípio mais opostas, quais sejam, a *Civil Law* e a *Common Law*.

### 2.1 Civil Law

Também chamado de sistema romano-germânico ou continental, é conhecido pela codificação de suas normas, ou seja, a sua fonte primária é a lei, o juiz é considerado “boca da lei”, uma vez que apenas tem a função de repetir o que a lei prescreve.

Esta família jurídica tem uma forte influência do Direito Romano, uma vez que a sua codificação representa um simbolismo muito forte para este sistema, conforme preleciona Soares:

Fato marcante na infância da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com as obras dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais (que vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto, bem próximas dos cultores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem elaborado), dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito com um *sistema*: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo. Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que *ex facto oritur jus*, o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida. Note-se que, mesmo que os fatos não correspondessem ao ideal do direito, este teria sua precedência sobre os fatos (e evidentemente que estamos descrevendo tendências, pois o sistema possuía instrumentos de moldar-se à realidade). (2000, p. 27).

A família romano-germânica, como afirmado acima, tem influência do Direito Romano, porém não pode ser considerada como cópia dele, até mesmo porque infinitos elementos derivam de fontes alheias ao Direito Romano.

David (1996, p. 30) ensina que a *Civil Law* tem o seu surgimento no século XIII. As leis bárbaras do século VI, que acabaram tendo apenas um alcance local, regularam poucas relações sociais. Ocorreu na Espanha (500) e na Itália (654/694) uma tentativa de codificação de regras aplicáveis aos súditos, tanto de origem germânica como de origem latina. Porém, com as invasões dos árabes na Espanha (711) e dos lombardos na Itália (565), as obras foram destruídas. Dessa forma, as autoridades limitaram-se a intervir sobre pontos precisos, mais ligados ao direito público que ao direito privado. Nas trevas da Alta Idade Média, em um estado mais primitivo, os litígios eram resolvidos pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária de um chefe (DAVID, 1996, p. 30).

Havia uma intenção de intensificar a ideia de fraternidade e caridade entre os cristãos, de modo que a procura pela justiça fosse menor.

Com o que se considera um renascimento no Ocidente europeu nos séculos XII e XIII, há o que se chama de renascimento da ideia do Direito, onde se conquistava um desejo de novo Direito que tivesse como fundamento a justiça, sem qualquer apelo ao sobrenatural, conforme David:

A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos mais importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. O ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade é abandonado; renuncia-se à criação da Terra da cidade de Deus. A própria Igreja distingue mais nitidamente a sociedade religiosa dos fiéis da sociedade laica, o foro externo do foro interno, e elabora, nesta época, um direito privado canônico. (1996, p. 31).

Destarte, nasce uma intenção de se desenvolver uma sociedade que tenha como premissa básica o Direito, pois apenas ele poderia permitir o progresso, assim como aconteceu com as Revoluções do século XVIII.

O Direito Romano passa a ganhar mais força durante esses séculos, sendo estudado em diversas universidades, apesar de críticas que lhe atingiam anteriormente, como a de ser um direito pagão, o que foi desmistificado por São

Tomás de Aquino. Para David (1996, p. 34), houve um renascimento do estudo do Direito Romano, sendo que os direitos nacionais foram surgindo aos poucos em cada país, no decorrer dos séculos seguintes. Porém, o direito romano ensinado nas universidades sofre uma evolução através do aparecimento de várias “escolas” com métodos próprios de interpretação e aplicação, submetendo a um novo desenvolvimento, como direito comercial, internacional e privado (DAVID, 1996, p. 34).

É fundamental, entretanto, reconhecer a importância do renascimento do estudo do Direito Romano pelas universidades no surgimento do direito continental, segundo David:

O renascimento dos estudos do direito romano é o principal fenômeno que marca o nascimento da família romano-germânica. Os países que pertencem a esta família são, na história, aqueles onde os juristas e práticos do direito, quer tenham ou não adquirido a sua formação nas universidades, utilizam classificações, conceitos e modos de argumentação dos romanistas. (1996, p. 41).

O Direito Romano trouxe a ideia de procedimento a ser seguido em um processo, bem como a ideia de organização judiciária. Surgiu, entretanto, a necessidade de alguns países adaptarem aquelas normas às suas necessidades e particularidades, limitando muitas vezes o Direito Romano, a exemplo do que ocorreu na França, no início do século XIV. O costume deu origem a várias compilações, como assevera David:

As compilações privadas ou oficiais apareceram em diversos países a partir do século XIII até o século XVIII, com o fim de fixar o conteúdo dos costumes regionais. Poder-se-á pensar, *a priori*, que estas obras puderam, sob certos aspectos, limitar o progresso do direito romano. Seu efeito, contudo, deste ponto de vista, foi limitado. Existiam duas possibilidades. A primeira possibilidade era que os redatores dos costumes se limitassem a fixar o conteúdo dos costumes: nesta situação a sua obra deixaria transparecer tudo o que o costume apresenta de lacunas, de arcaísmos e de insuficiências. Nenhum costume constitui um sistema completo necessário para regular as novas relações. O costume funciona, por isto, como uma “lei particular”, como um corretivo a um sistema, em que se torna necessário descobrir os princípios. (1996, p. 44).

Podem-se considerar tímidas as inovações ou modificações no decorrer dos séculos seguintes no tocante ao direito privado, pois as ordenanças, que eram uma forma de o soberano regular o processo e organizar a justiça, pouco tratavam sobre assuntos privados. Isso ocorreu porque essas autoridades não tencionavam modificar os costumes, até porque eles o favoreciam, uma vez que confirmavam a

sua legitimidade. Porém, em termos de organização de diversos países da Europa, pode ser reconhecida a importância das ordenanças na organização da administração, sendo mais presentes as modificações no Direito Público.

O Estado absolutista que predominava na Europa foi alvo de contestação a partir do século XVIII com as ideias revolucionárias do Iluminismo Francês. O monarca representava o centro do poder. A célebre frase do Rei Luis XIV *L'Etat c'est moi* representa a confusão existente entre o público e o privado à época.

Inegável a intensificação gerada no sistema *Civil Law* pela Revolução Francesa. Havia, como dito acima, uma confusão entre o monarca e o Estado, que era absolutista. As classes insatisfeitas com essa concentração de poder nas mãos de poucos (nobreza e clero), cansada dos abusos decorrentes dessa concentração, passou a aderir às ideias de Hobbes, Rousseau e Montesquieu. Esses três pensadores tiveram forte influência na revolução que lutou pela separação de poderes acima de tudo.

Separar os poderes significava evitar uma imiscuidade de um poder no outro. Na realidade, o que se pretendia era evitar que as classes até então dominantes tivessem influência inclusive nessa divisão de poderes.

A proposta de Montesquieu era dividir o Estado em três poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo. Dessa forma, cada poder teria competência para exercer a sua função de forma independente, de modo a evitar uma intervenção do monarca em atividades que não seriam de sua atribuição, como a de julgar. Assim, o julgador teria independência para julgar de acordo com a lei, que deveria ser elaborada pelo Legislativo. Sobre o assunto, merecem destaque os ensinamentos de Soares:

Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei seria contra o postulado da separação dos poderes. Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata*; generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade. (2000, p. 29).

Percebe-se que a intenção era retirar do juiz a possibilidade de criar a norma de acordo com o caso concreto, o que seria uma forma de legislar. Com a separação dos poderes, o juiz não poderia criar essa lei, pois a função legislativa é

de competência do Poder Legislativo, apenas. Seria o magistrado francês submetido ao parlamento, a quem competia a elaboração das leis que deveriam ser por eles aplicadas. Sobre o tema, os ensinamentos de Ataíde Júnior:

Pois bem! Na França, a pretexto de se garantir a consecução dos ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, submeteu-se o juiz ao parlamento, através do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual, o juiz atua mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*. (2012, p. 25).

Ao se buscar um estado liberal, pretendia a Revolução de 1789 garantir a liberdade de seus cidadãos, e que seria conquistada com uma intervenção menor de um poder no outro, que gera uma menor intervenção do governante em assuntos privados.

Dessa forma, para Soares (2000, p. 29), nos estados modernos, emerge a figura do legislador leigo e centralizador da função de elaborar o direito, dando ao sistema romano-germânico a sua feição atual, em que se considera legislador o povo, e não mais o rei.

Não é demais afirmar que se busca uma segurança jurídica maior na *Civil Law* através da impossibilidade de o juiz interpretar a lei. Entendia-se que a interpretação dada por um juiz seria desviar o sentido da lei. Pelo contexto histórico em que se vivia à época da Revolução Francesa, desconfiava-se muito dos magistrados, cujos cargos eram repassados inclusive como herança. Logo, a fim de não permitir que o juiz legislasse de forma disfarçada, era preferível que as leis abordassem todas as hipóteses possíveis. Conforme Ataíde Júnior:

A desconfiança nutrida em face dos juízes do período pré-revolucionários fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem. (2012, p. 33).

Nas precisas lições de Macêdo (2019, p. 44), na *Civil Law*, o magistrado seria um mero funcionário público, de certa forma burocrático, que deveria receber os fatos e proferir sentença de acordo com a disposição legal, enquanto ao legislador caberia a criação do Direito, tratando em seus diplomas legais de todas as situações da vida que porventura pudessem vir a juízo.

Porém, é impossível que o legislador consiga abranger todos os fatos em uma sociedade, havendo, ainda, os fatos supervenientes à elaboração das leis.

Surge, portanto, a necessidade de se interpretar as normas, que não são sinônimos de texto da lei, uma vez que se entende por norma o resultado da atividade de interpretar as leis, ou seja, a hermenêutica dos dispositivos legais. Confirmam-se as lições de Vasconcelos:

O conceito mais simples de norma jurídica e, talvez por isso mesmo, o de maior virtualidade, embora envolva uma tautologia, é aquele que resulta do posicionamento da expressão sintética “jurídica” ao lado da correspondente expressão analítica “de Direito”: norma jurídica é norma de Direito, isto é, norma de fazer Direito. A norma jurídica é regra de fim. (2006, p. 13).

Em um conceito de interpretação constitucional, merece transcrição o ensinamento de Mendes, Coelho e Branco:

Como toda interpretação jurídica, de que é a espécie mais relevante, a interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas *regras* ou *princípios* –, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e do seu alcance. Noutras palavras, essa interpretação se impõe e tem início onde e quando a compreensão direta dos enunciados constitucionais já não está ao alcance da mão, provocando nos seus *tradutores* uma sensação de estranheza ou de *mal-estar hermenêutico*. Em poucas palavras, o trabalho de interpretação da Constituição tem início quando frustra a comunicação direta com o seu texto e ele já não responde às perguntas de seus leitores. (2010, p. 155).

Portanto, como se pode perceber, a interpretação dos dispositivos de leis tornou-se necessária e aos poucos foi dada a liberdade de interpretá-los aos magistrados.

Não é raro o pensamento de que no sistema *Civil Law* o direito se confunde com a lei. Porém, apesar de mais comum, este pensamento não corresponde à realidade, conforme ensina David:

Esta análise, por mais corrente que seja, está de fato muito distante da realidade. A doutrina na qual se resume esta descrição bem pode ter sido o ideal de certa escola de pensamento, dominante no século XIX, na França. Contudo, ela nunca foi plenamente aceita na prática e hoje reconhece-se na própria teoria, cada vez mais claramente, que a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito. Confundir o direito e a lei, ver na lei a fonte exclusiva do direito é contrário a toda a tradição romano-germânica. As universidades, que através do seu ensino forjaram as nossas concepções jurídicas, puderam apoiar-se sobre as leis romanas, mas apenas até certo ponto; os tribunais, especialmente os parlamentos franceses, desempenharam um papel fundamental na elaboração dos direitos nacionais e só excepcionalmente eles foram orientados, nesta obra, pelas leis. (1996, p. 88).

Especificando as fontes do direito no sistema romano-germânico, tem-se a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do Direito. Merecem destaque e serão mais bem analisadas, entretanto, a lei, os costumes e a jurisprudência.

É inegável que a lei tem uma importância muito acentuada nos países da família romano-germânica, e isso ocorre porque as controvérsias jurídicas encontram amparo nas disposições legais, via de regra. É reconhecida nos países que fazem parte desta família a supremacia de uma norma superior, fundamental, que são constituições escritas, conforme Soares:

O pensador que melhor caracteriza o sistema romano-germânico é Hans Kelsen, com sua *Teoria pura do direito*: o direito é uma construção escalonada (*Stufenbau*), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (*Gundnorm*), a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base (os contratos e as sentenças) em que o princípio geral guarda sua eficácia, após percorrer outros campos de particularismos crescentes (a constituição, a lei ordinária, o artigo...). (2000, p. 29).

Há, portanto, uma Lei Maior, que serve como parâmetro de validade para as demais normas. Entretanto, em outros países, essas normas constitucionais têm cunho meramente político, com hierarquia idêntica a das leis ordinárias. A tendência é que estejam em um nível mais elevado hierarquicamente e que, dessa forma, sejam parâmetro para o controle de constitucionalidade para as normas hierarquicamente inferiores, que não devem afrontá-las.

Macêdo (2019, p. 45) adverte para o fato de que a fonte do direito na *Civil Law* é a lei, e que esta muitas vezes se confunde com o direito, fazendo com que as demais fontes surjam como secundárias, e que o pensamento de que o legislativo era o único ente autorizado à produção do direito implica verdadeira desconsideração dos costumes e da jurisprudência.

Permitir que os magistrados interpretassem a lei pode ser considerado um avanço no sistema *Civil Law*, bem como um reconhecimento de que a lei não é sinônimo de direito, uma vez que permitir a interpretação é relativizar a dependência do juiz ao mandamento legal. Importante ressaltar que os juízes não estão vinculados às interpretações realizadas anteriormente, como ressalta David:

Nos direitos da família romano-germânica os juízes não são obrigados a seguir os modos de ver dos seus predecessores; portanto, eles podem, ao apreciar diferentemente os fatos, modificar de maneira substancial as

condições de aplicação do direito. Isto nada tem de ilegítimo. O legislador, empregando fórmulas de que não fixou o alcance, pode considerar-se como tendo autorizado uma “livre investigação complementar *intra legem*”; esta livre investigação exige, da parte dos juízes, juízos de valor independentes que não podem deduzir do direito positivo. (1996, p. 102).

David (1996, p. 102-103) sugere que seja dado um novo sentido ao texto legal de acordo com a interpretação atual, não se atendendo às circunstâncias de épocas diferentes, como as de quando foram promulgadas; até porque na democracia moderna a lei é obra de vontade coletiva e de formação complexa. Contudo, há de ressaltar o famoso discurso do primeiro presidente do Tribunal de Cassação francês, Ballot-Beaupré, pronunciado em 1904, em que opina pela independência do juiz em interpretar a lei sem estar obstinado ao momento da sua entrada em vigor (DAVID, 1996, p. 102-103).

Razoável o pensamento acima transcrito, uma vez que o direito não pode ficar estagnado. Entre a necessidade de o direito ser previsível e de adaptar-se às mudanças sociais, Wambier (2012, p. 15) esclarece que as mudanças ocorrem lentamente, sem alterações bruscas, e assim sendo, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, e é nesse contexto que se coloca centralmente a questão dos precedentes.

No tocante ao papel do costume na família romano-germânica, cumpre ressaltar que, apesar de uma divergência entre os positivistas, que pretendem eliminar o papel do costume como fonte do direito, e uma visão mais sociológica, que o coloca em status de extremo relevo, David ensina que:

Se a lei não se confunde com o direito, mas é concebida como um simples meio – o principal nos nossos dias – de chegar ao conhecimento do direito, nada impede que se reconheça, ao lado dos textos legislativos, a utilidade de outras fontes. Entre estas figurará, de modo importante, o costume: tão natural e, pode dizer-se, inevitável é considerar a conduta habitual dos homens para estabelecer o que objetivamente é considerado como justo na nossa sociedade. No entanto, não deve ser atribuído um valor em si ao costume; ele apenas deve ser consagrado na medida em que serve para indicar a solução justa. O jurista não deve, portanto, aplicá-lo de modo automático. Deve exercer sobre ele a sua crítica e interrogar-se sobre a sua razoabilidade. (1996, p. 115).

Em relação ao papel da jurisprudência no *Civil Law*, pode-se afirmar que pode ser confundida com a interpretação da lei. Para David (1996, p. 118), é raro o juiz reconhecer o poder de criar regras de direito, pois considera esta função exclusiva do legislador, ainda que este reconheça que a lei pode não ter previsão para tudo. Nesse caso, como o juiz tem que decidir e não pode argumentar a

ausência de lei, lhe compete pronunciar uma decisão, cabendo as mais diversas formas de interpretação (DAVID, 1996, p. 118).

Soares (2000, p. 30) afirma que, apesar dos perigos em dar demasiada atenção ao formalismo legal, uma vez que não se olha a realidade do dia a dia, o sistema *Civil Law* conta com a equidade, que tem a virtude de temperar o rigor da lei e proíbe a sua satisfação caso haja ofensa à realização de justiça. Ainda assim, há outras formas de evitar o distanciamento do sistema da realidade dos fatos, como as súmulas, aqui no Brasil, que possibilitam uma harmonização de entendimento de um Tribunal e ganham importância para os aplicadores do direito, que não as desprezam (SOARES, 2000, p. 30).

É nesse contexto que se destaca a evolução vivenciada pelo Direito brasileiro em relação à obediência ao precedente judicial obrigatório: existem diversos mecanismos previstos no Código de Processo Civil que vinculam os magistrados de instâncias inferiores a observarem o entendimento firmado acerca do tema pelos órgãos superiores.

Devem-se ressaltar, entretanto, as regras de direito jurisprudencial e as regras de direito formuladas pelo legislador. David (1996) afirma que a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa estabelecer esses quadros; além disso, as regras originadas pela jurisprudência não têm a mesma autoridade que as regras formuladas pelo legislador.

Porém, ao contrário do que se deve imaginar, pode determinado país da família romano-germânica tornar obrigatório o uso de precedente pelos seus juízes, como ocorre, por exemplo, com as decisões (*assentos*) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal; bem como as decisões proferidas pelo Tribunal Federal de Justiça Constitucional, na Alemanha. Nesses casos, as decisões vinculam os demais magistrados e não afrontam o sistema *Civil Law*.

## 2.2 Common Law

A ideia de direito na *Common Law* é de um direito jurisprudencial, derivado de decisões proferidas anteriormente, sem codificações que expressem

mandamentos legais advindos do Poder Legislativo. Ao estabelecer uma comparação entre *Civil Law* e *Common Law*, Reale preleciona que:

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. (2002, p. 142).

É necessário afirmar, entretanto, que não há uma obrigatoriedade na utilização dos precedentes nesses países, mas, pelo fato de não haver uma codificação, tornam-se comuns a aplicação e o respeito às decisões proferidas anteriormente.

Em um breve esboço histórico, é possível afirmar que não há, na *Common Law*, como houve para a *Civil Law*, um momento de ruptura de ordem jurídica ou sistema político, mas uma evolução do que já se tinha em termos de direito. Com a Revolução Gloriosa de 1688, houve uma vitória contra o monarca pelo Parlamento inglês, mas este não quis destruir o direito antigo, pelo contrário, quis apenas evitar o arbítrio do juiz mediante a autoridade da *Common Law*.

Há, entretanto, que se identificar quatro períodos históricos nesse sistema, conforme David:

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common Law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common Law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração. (1996, p. 283).

Há na *Common Law* uma priorização à jurisprudência como principal fonte do direito, daí ser possível afirmar que é um direito jurisprudencial. Dessa forma, Marinoni (apud ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 36) afirma que na *Common Law*

nunca se acreditou ou se teve a necessidade da crença em um código que afastasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei, e que por esse motivo a segurança jurídica foi buscada através dos precedentes, que eram capazes de garantir a previsibilidade do direito. Enquanto isso, como citado em momento oportuno, na *Civil Law* a segurança jurídica é buscada através da lei.

É possível reconhecer, de imediato, que inversamente ao que ocorre com a família romano-germânica, na *Common Law* não só é permitido que o juiz interprete a lei, como o resultado dessa interpretação é uma das principais fontes desse direito. Ainda sobre a sua origem e evolução, observe-se o que Wambier escreveu sobre o tema:

O *common Law*, é interessante observar, não teve início com a adoção da explícita premissa ou da regra expressa de que os precedentes seriam vinculantes. Isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as *próprias decisões* passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de *confiança* nos precedentes e, a rigor, nunca foi definido com precisão o papel dos precedentes e o método correto de argumentação a partir dos precedentes. Neste contexto é que foi concebida a teoria declaratória, já que os juízes declaravam um direito que “já existia” (sob forma de costume), embora fossem às suas decisões que se dava (e se dá) o valor e o *status* de *ser direito*. (2012, p. 20-21).

Como afirmado anteriormente, o surgimento dessa família do direito é identificado na Inglaterra. Porém, outros países passaram a adotar o mesmo sistema. Soares elenca alguns, como a Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Nigéria. Os Estados Unidos da América, com exceção do estado da Lousiana, que se mantém fiel ao sistema romano-germânico, são predominantemente pertencentes à família da *Common Law*.

Soares considera incorreto classificar a *Common Law* como direito costumeiro, pois na *Civil Law* um caso isolado não constitui jurisprudência e é utilizado por causa do prestígio do órgão que proferiu a decisão, enquanto que na *Common Law* um único julgado é considerado precedente obrigatório, uma vez que declara a existência da norma jurídica (2000, p. 51-52). Bustamante, porém, adverte:

Quando fala em “costume reconhecido”, remete-se o leitor necessariamente à ideia de *precedente*, e não ao *costume em si mesmo* considerado, ou seja, independente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias. (2012, p. 4).

Tucci (2004) afirma que os juristas utilizavam os precedentes com frequência para dar continuidade ao direito, e não por ser obrigatório. Dessa forma, as atas de julgamentos passaram a ser guardadas e, em meados do século XVI, foram substituídas pelos *Law Reports*, com o formato mais próximo aos repertórios de época moderna, e facilitou o estudo e o manuseio das decisões anteriores (TUCCI, 2004, p. 155-156).

Conforme mencionado no item anterior, há uma estreita relação entre a *Civil Law* e o Direito Romano. Porém, há que se reconhecer atualmente um elo entre a *Common Law* e o Direito Romano, consoante esclarecimentos de Bustamante:

Quando se olha para o *common law* da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de “intérpretes autorizados” – em Roma, os juriconsultos; na Inglaterra, os juizes – que têm a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica. (2012, p. 5).

Convém demonstrar de forma clara, como feito quando apresentadas notas sobre a *Civil Law*, as fontes do direito da *Common Law*, merecendo, de igual forma, relevo a lei, os costumes e a jurisprudência.

Segundo David (1996), na Inglaterra, existem as leis propriamente ditas (*statute, Act of Parliament*) e as disposições regulamentares variadas tomadas na execução da lei, sendo organizadas em legislação delegada e legislação subsidiária. O renomado autor explica ainda que a Inglaterra não possui uma Constituição escrita, sendo chamado de Constituição um conjunto de regras de origem legislativa ou jurisprudencial que garantem as liberdades fundamentais. Dessa forma, o controle encontrado pelo parlamento à sua onipotência é o da opinião pública. Porém, cumpre observar que, atualmente, o parlamento é obrigado a respeitar a legislação emanada da Constituição Econômica Europeia (DAVID, 1996, p. 345).

Nos Estados Unidos da América, adverte Soares (2000, p. 52), no estado da Louisiana, por haver uma adesão ao sistema romano-germânico, há codificação, pois fiel ao sistema dos países colonizadores, que influenciam, mas não determinam o sistema optado por estados como Texas e Califórnia. Há de se mencionar, ainda, que houve naquele país tentativas de se codificar o seu direito. Sobre o tema, observa-se o que ensina Soares:

Das tentativas de codificação, no sentido da *civil law*, que foram realizadas nos EUA, destaca-se a de David Dudley Field (1805-1894), advogado de Nova York e Deputado Federal, que, após a Guerra de Secessão, por esforço próprio, publicou vários códigos, alguns dos quais se converteriam em leis (*statutes*) que foram adotados em alguns Estados: o *Code of Civil Procedure*, adotado em Nova York em 1880 e, a partir do modelo de Nova York, em 30 outros Estados; o *Penal Code* e o *Code of Criminal Procedure*, adotados em 16 Estados e o *Civil Code*, adotado em 5 Estados, inclusive na Califórnia. (2000, p. 73-74).

Entretanto, o direito inglês não considera a lei com normalidade ou facilidade, uma vez que ela apenas será aplicada através da interpretação. Diversamente do que ocorre com a *Civil Law*, onde se interpreta a lei para obter uma decisão, na *Common Law* o direito é derivado da própria decisão. Confira-se em David:

O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão, logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial. (1996, p. 346).

Em 1787, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos, representando, conforme David (1996), um ato de fundação do país, e não apenas uma carta política, não se limitando a tratar da organização política do país, fixando, inclusive, limites aos poderes reconhecidos às autoridades federais nas suas relações com os Estados e com os cidadãos. O fato de ter uma Constituição escrita difere o direito dos norte estadunidense do inglês, o que levou o primeiro a estabelecer um controle de constitucionalidade das leis (DAVID, 1996, p. 394-395).

O costume, também chamado de *custom*, possui uma função muito limitada no direito inglês. David (1996) afirma que isso acontece porque há uma exigência de que, para que seja obrigatório, o costume deve ser imemorial, que significa dizer que, para ser válido, o costume devia existir em 1189, tornando bastante complicada essa demonstração. Entretanto, o mesmo autor afirma que é dada alguma importância ao costume, às vezes de forma determinante, uma vez que a sociedade não é regida apenas pelo direito. Cita-se como exemplo o fato de a Inglaterra ser uma monarquia absoluta, onde os ministros podem ser demitidos a

qualquer tempo, ou seja, um costume que não tem caráter jurídico, mas que domina a vida pública (DAVID, 1996, p. 348).

A jurisprudência, enquanto fonte do direito inglês, apresenta maior destaque, uma vez que é a base da *Common Law*. Na *Civil Law*, salvo casos excepcionais, a jurisprudência não se apresenta como criadora de regra de direito, sendo, entretanto, dotada de alguma autoridade. Completamente inverso é o seu *status* da família *Common Law*, conforme ensinamentos de David:

Na Inglaterra a situação apresenta-se, contudo, muito diferente. Nunca se reconheceu lá a autoridade do direito romano como se fez no continente europeu. A *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” de comprometerem a própria existência da *common law*. (1996, p. 341).

Passou a vigorar na Inglaterra a máxima de *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões. David (1996, p. 341) explica que a obrigação de se recorrer às decisões que deram origem às regras que foram determinadas pelos juízes (*stare decisis*), o que acarreta no respeito ao precedente judicial, é um correlato lógico do direito jurisprudencial, e a partir do século XIX, dando mais força à ideia de precedente obrigatório (*rule of precedent*), quando magistrado passou a ter a imposição de verificar a regra criada pelos seus predecessores.

Entretanto, conforme já repetido exaustivamente, não são todos os precedentes que são obrigatórios. Para melhor entender, merece transcrição da análise realizada por David:

É conveniente sublinhar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores, isto é, do *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes. As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos “quase-judiciais” podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios. (1996, p. 342).

Cumprido esclarecer que na Inglaterra a Alta Justiça é representada pelos Tribunais Superiores, cujas decisões são precedentes obrigatórios; enquanto que a Baixa Justiça é formada por jurisdições inferiores, chamadas de “quase-judiciais”, cujas decisões não são precedentes obrigatórios.

O jurista inglês deve verificar em uma decisão anterior a razão utilizada pelo magistrado para se chegar àquela conclusão, o que David (1996, p. 343) classifica como suporte necessário da decisão, ou seja, a *ratio decidendi* do julgamento, o que constitui a regra jurisprudencial e que deve ser seguida futuramente; enquanto que a *obiter dictum* é aquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade.

Nos Estados Unidos, por sua vez, o precedente não vincula os Supremos Tribunais, que são o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e Supremos Tribunais dos Estados. Porém, como adverte David (1996, p. 391), o sistema de estrutura federal do país permite que Estados tenham regras diferentes entre si, o que tende a enfraquecer a regra de precedentes vinculantes, uma vez que os Estados são soberanos e que os Supremos Tribunais de cada um deles não estão vinculados à jurisprudência. Portanto, o *stare decisis* funciona apenas no que diz respeito às matérias de competência dos Estados.

Destarte, por tudo que foi mencionado acima, há de se reconhecer a diferença entre as duas famílias jurídicas: enquanto uma prioriza as leis, a outra prioriza o precedente judicial.

### **2.3 O sistema adotado pelo Brasil**

O Brasil já experimentou sete Constituições no decorrer da sua história, desde 1824, quando a primeira Carta Magna teve forte influência da Constituição norte americana.

Afirma-se sem hesitar que o Brasil é membro da família romano-germânica. Por muito tempo, considerou-se a lei como fonte primária do direito nos países da *Civil Law*, ideia esta que sofre mitigações no decorrer dos tempos, na medida em que se atribui cada vez mais liberdade ao magistrado para interpretar a lei.

São fontes do direito no Brasil a lei, a jurisprudência, acordos internacionais, a doutrina e os costumes, merecendo maiores explicações a lei e a jurisprudência.

No ordenamento jurídico brasileiro, as leis desempenham papel de extrema importância. As ideias iluministas influenciaram a separação de poderes, e a atual Constituição Federal determina que ao Poder Legislativo compete a

elaboração de leis, que devem respeitar, entretanto, a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

É essa Carta Magna que deve ser respeitada por Leis Ordinárias, Complementares, Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos, Resoluções e Emendas à Constituição, que são as espécies normativas contempladas pelo art. 59 da Constituição Federal. De toda forma, a lei emana do povo, representado pelo Parlamento.

É dado ao magistrado o poder de interpretar a lei. Como afirmado anteriormente, a norma é o resultado dessa interpretação. O legislador não tem condições de prever e estipular em lei todas as hipóteses e situações existentes. Muitas vezes, são estipulados conceitos vagos, que permitem que o aplicador do direito interprete a lei de acordo com o caso concreto. Reconhecendo essa impossibilidade, a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, em seu art. 4º, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Logo, essa permissão concedida ao magistrado de interpretar a lei acarretou, através das facilidades que permite a consulta, a utilização de decisões que tenham enfrentado determinadas situações que se repetem.

Dessa forma, tem ganhado importante espaço na aplicação do direito a jurisprudência. No entanto, utiliza-se o referido termo diversas vezes de forma equivocada.

Reale define com maestria: “Pela palavra ‘jurisprudência’ (*strictu sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões de tribunais”. (2002, p. 167).

É fácil perceber que se trata de decisões reiteradas de um determinado Tribunal. Uma decisão isolada não é considerada jurisprudência, como imaginam-se poucas vezes e utilizam-se muitas. Não é raro encontrar referências a acórdãos de Tribunais como jurisprudência ou precedentes, mesmo que aquela decisão seja isolada.

De igual forma, atualmente, não é raro encontrar decisões que estejam amparadas em outras decisões anteriores sobre o assunto, principalmente quando de órgão de prestígio elevado, como os Tribunais Superiores. Assim, advogados e outros aplicadores não costumam desprezar a jurisprudência.

Pois bem! Tem-se afirmado que o Brasil vivencia um momento de miscigenação de sistemas, por possuir mecanismos que remetem à *Common Law* e diversos outros que são inerentes à *Civil Law*, que realizam um intercâmbio ao ponto de se afirmar a existência de um sistema único, brasileiro. A respeito, confirmam-se as lições de Peixoto:

O Brasil, que já é tido por alguns como um modelo miscigenado (uma espécie de *brazilian law*) desde a Constituição de 1891, pela adoção de modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e a forma de pensar e o direito infraconstitucional, fortemente influenciados pelo *civil law*, passa a valorizar a teoria dos precedentes, caminhando para a adoção de uma cultura do *stare decisis*, muito embora ainda exista um longo caminho, especialmente na cultura dos operadores do direito. (2019, p. 138).

De fato, o caminho a ser percorrido para o fortalecimento da cultura jurídica de precedente obrigatório ainda é bem longo, e muito desse percurso diz respeito aos operadores do direito, que só aplicarão corretamente o precedente judicial se compreenderem, de fato, o seu conceito e os institutos que lhe digam respeito.

### 3 O PRECEDENTE JUDICIAL

No sistema da *Common Law*, o precedente judicial é considerado e seguido de forma incisiva. Isso significa afirmar que precedente judicial é uma fonte do direito. Entender este fato é fundamental para delimitar e atribuir poderes aos magistrados na sua aplicação.

Tem-se no Brasil o Projeto de Lei de um novo Código Processual Civil que atribui maior importância ao respeito do precedente judicial, analisado no capítulo seguinte. Indispensável, neste momento, explicar o conceito e as características do precedente judicial.

#### 3.1 Definição de precedente judicial

Precedente é uma decisão tomada anteriormente a um caso similar ou idêntico com a mesma fundamentação. Nas lições de Ataíde Júnior:

Analisando-se as características e escopos dos precedentes, permite-se apresentar a seguinte noção: o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos. (2012, p. 69).

Merece ainda destaque a distinção apresentada entre jurisprudência e precedente, por Santos:

O termo *precedente*, embora também seja polissêmico, no âmbito do direito designa fenômeno marcante distinto do da jurisprudência. Expressa a ideia de *uma* decisão, isto é, uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, *tem potencial para influenciar a solução de casos futuros. Toda a decisão que tenha potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial.* (2012, p. 133-201).

Tucci (2004, p. 12) acrescenta que todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

Indispensável ressaltar que o precedente judicial pode ter valor moral ou vinculante. O último é mais comum em países adeptos da *Common Law*, sendo necessária, portanto, a análise da utilização dos precedentes nesses países, e como poderia ser aplicado no Brasil.

Na *Common Law*, como afirmado, o precedente judicial é vinculante, ao que se dá o nome de *binding authority*. Tucci (2004) ensina que a regra do precedente é caracterizada pelo seu cunho coercitivo, e que é chamado de *stare decisis*, o que significa que a decisão anterior cria o direito. Assim sendo, os juízes têm o dever de seguir, em casos análogos, as decisões proferidas anteriormente, mesmo que apenas uma vez por corte hierarquicamente superior (TUCCI, 2004, p. 12). Marinoni (2013, p. 214) afirma, entretanto, que um precedente não é apenas uma decisão judicial, mas uma decisão que elabora a tese jurídica ou a decisão que definitivamente a delinea.

Bustamante (2012, p. 103) conclui que, teoricamente, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial na *Civil Law* e na *Common Law*, uma vez que, para o Positivismo Jurídico, que serve de pano de fundo para ambos os sistemas, o juiz é metodologicamente livre, e sua atividade consiste em um ato de criação normativa que tem como fundamento as normas gerais do ordenamento em que a decisão está inserida.

Acrescente-se a isso o fato de Bustamante (2012, p. 102) afirmar que o Positivismo Normativista de Kelsen não dista muito do Realismo Jurídico e do Positivismo Jurídico inglês de modo geral, pois ambos acreditam que o Direito é uma criação humana e que as normas individuais que decidem casos concretos são criadas pelos próprios órgãos de aplicação do Direito.

Ataide Júnior (2012, p. 70) adverte para o fato de o precedente vinculante ser mais comum nos países da *Common Law*, mas que cada vez mais com maior frequência países da *Civil Law*, pelo menos em sede de jurisdição constitucional, já vêm há algum tempo produzindo precedentes vinculantes.

Santos (2012, p. 133-201) sugere a classificação de precedente judicial em *sentido estrito* como a *regra de julgamento* para o caso sucessivo, e não a decisão em sua integralidade. A essa regra de julgamento dá-se o nome de *ratio decidendi*, que é a razão de decidir. Significa os motivos que levaram àquela decisão.

Tucci (2004, p. 175) afirma que *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Para ele, é essa regra de direito (jamais de fatos) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.

Porém, Damaška (apud BUSTAMANTE, 2012, p. 107) afirma que os fatos considerados materiais são comparados entre o caso tomado como precedente e o

caso pendente de julgamento, no sistema *Common Law*, enquanto que no sistema romano-germânico o jurista buscaria “um pronunciamento em forma de regra [*rule-like pronouncement*] com alto grau de autoridade”.

Os fundamentos são mais importantes que o dispositivo em um precedente. Aqui, se trata de fundamentos sem os quais a decisão seria diferente, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão, aos quais dá-se o nome de *ratio decidendi*, consoante Tucci:

O conceito de *ratio decidendi*, no qual se escuda a *doctrine of binding precedent*, mostra que é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior. (2004, p. 183).

O fundamento de um precedente judicial produz uma norma jurídica com capacidade de se aplicar a casos análogos e futuros. Confirmam-se as lições de Ataíde Júnior:

Disso se infere que o fundamento de um precedente judicial está em produzir uma norma jurídica (*legal rule*) com potencial de aplicar-se a uma infinidade de análogos casos futuros. Ou seja, só faz sentido falar-se em precedente, na doutrina do *stare decisis*, quando houver a possibilidade de o julgamento determinante de um caso servir para solucionar os casos análogos (*Treat like cases alike*). (2012, p. 69-70).

Em contrapartida, as informações marginais, conforme Tucci (2004, p. 177), também chamadas de *obiter dictum*, não podem ser invocadas como precedentes obrigatórios, considerando-se prescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Para a identificação do que é *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, Tucci (2004, p. 177) sugere que seja realizada uma operação mental onde se inverta o teor do núcleo decisório e se realize a indagação se a conclusão seria a mesma caso o juiz tivesse acolhido regra invertida. Caso em que a tese só será considerada *ratio decidendi* se a decisão não for mantida.

Wambier (2012, p. 49), por sua vez, na identificação de um *dictum*, preleciona que, ao se retirar o que foi dito na decisão e se verificar que ela poderia ter sido proferida sem o que foi retirado, caracteriza as informações emergentes.

Nos Estados Unidos da América, a palavra que define o núcleo da decisão, ou seja, a sua parte mais importante é *holding*.

Logo, afirmar que o precedente é vinculante, está a se dizer que a *ratio decidendi* é vinculante. Dessa forma, necessário verificar na decisão o que é *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

A *ratio decidendi*, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 938), não encontra correspondente no direito brasileiro, uma vez que não se trata da fundamentação ou parte dispositiva, pois ela é elaborada a partir dos requisitos da sentença, quais sejam, o relatório, a fundamentação e o dispositivo, representando, portanto, “algo mais”, quando relacionada aos requisitos da sentença.

Há de se mencionar as teorias de Goodhart e Wambaugh sobre o método de identificação da *ratio decidendi*.

Sesma (apud ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 73) afirma que Wambaugh sugere um teste em que se altera o conteúdo da premissa com o fim de se verificar se a decisão mantém-se ou não, em que, havendo a mudança, a premissa era importante e constitui *ratio decidendi*; caso contrário, trata-se de mero *obiter dictum*.

Marinoni (2012, p. 5-6) explica que o método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos que o método acima exposto, pois, para ele, é necessário que os fatos do caso sejam determinados como vistos pelo magistrado e identificar, entre eles, quais foram considerados materiais, bem como a decisão fundada nele. Para isso, a decisão deveria tratar explícita ou implicitamente sobre quais fatos foram considerados materiais ou imateriais; como nem sempre isso ocorre, presumem-se imateriais os fatos que tratam sobre a pessoa, o tempo, o lugar, o gênero e a quantidade, com exceção de quando são declarados expressamente como materiais (MARINONI, 2012, p. 5-6).

Wambier (2012, p. 47) afirma que escolher os fatos relevantes é tarefa importante, uma vez que a partir dos fatos é que se escolherá a regra a ser utilizada, e a partir de fatos diferentes, poderia haver raciocínios diferentes.

Ataide Júnior (2012, p. 80) observa que identificar a *ratio decidendi* é exatamente determinar qual a parcela da decisão que servirá de paradigma para a decisão no caso posterior, sendo capaz de proporcionar, inclusive, segurança jurídica. Wambier (2012, p. 52), por sua vez, pondera que interpretar o precedente é tarefa tão difícil quanto interpretar a lei.

Pode haver a possibilidade de a decisão não deixar claro qual a sua *ratio decidendi*. Nessa hipótese, estão os juízes desobrigados a aplicarem, obrigatoriamente, a decisão como precedente.

### 3.2 A forma de aplicação do precedente

Ninguém discute que de uma mesma regra surjam várias interpretações diferentes. Nesse caso, é necessário pensar de que forma um precedente judicial pode ser aplicado e considerado em um ordenamento jurídico, uma vez que há de se verificar divergências em considerações sobre o que é mais ou menos justo, ou seja, a melhor resposta ao caso.

Santos (2012) afirma que não se trata de fornecer a melhor resposta para A ou B, mas de identificar a melhor interpretação possível para o *sistema jurídico*. Essa interpretação é aquela que conta com um *consenso da maioria*, ou seja, aquela que é formada a partir de debates e decisões pronunciadas nos diversos processos que ocupam o Judiciário (SANTOS, 2012, p. 155).

Ao se interpretar um precedente, deve-se extrair uma norma, ou melhor, a forma com que a norma foi aplicada ao caso. Analisando os fatos, o magistrado entenderá se é possível aplicar aquele precedente ao caso posterior, através de uma subsunção do fato aos fatos anteriores que deram origem ao precedente. Já foi dito que a *ratio decidendi* é a parte do precedente que o vincula a casos posteriores. Porém, em países como o Brasil, onde é possível afirmar que os precedentes, via de regra, não são obrigatórios, não haveria muita diferença entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, pois ambos cumprem um papel meramente persuasivo.

Afirma-se, entretanto, com Bustamante (2012, p. 282), que há o interesse de se identificar quais as normas ou premissas normativas que podem ser extraídas a partir da interpretação de um precedente judicial, que é uma atividade *analítico-cognitiva*.

A possibilidade de se obter várias interpretações a partir de uma regra pode levar a decisões contraditórias entre órgãos da mesma hierarquia. A título de exemplo, pode-se citar o Superior Tribunal de Justiça, que é dividido em Turmas: a 1ª Turma pode ter um entendimento diferente da 2ª Turma. Porém, deve-se observar, com Ataíde Júnior (2012), que isso não pode ser confundido com a hierarquia das decisões, pois as decisões proferidas pela Corte Especial do STJ são superiores às decisões de cada Turma isolada. Observa o autor, ainda, a possibilidade de STJ e STF divergirem em determinados temas, tendo, porém, cada um sua competência. Nessa situação, defende que nenhuma decisão deve vincular

absolutamente, cabendo ao aplicador (juízes e desembargadores) optar pelo precedente considerado por ele mais adequado ao caso (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 85-86).

No entanto, Santos (2012, p. 163) observa que, havendo divergência entre órgãos fracionários de um Tribunal, pode-se instaurar um incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476, II, do Código de Processo Civil, sendo a decisão do julgamento do incidente um precedente do Tribunal.

Ao se considerar o precedente judicial obrigatório, deve-se observar a forma como ele será elaborado, considerado e aplicado.

Quando uma situação é levada ao Judiciário pela primeira vez, caberá ao juiz de primeiro grau decidir e ser fiel ao seu posicionamento até que a corte hierarquicamente superior decida a questão, firmando o precedente que deverá vincular o juiz aos casos posteriores. Atribui-se, portanto, mesmo que de menor potencial, força vinculante às decisões proferidas em primeiro grau. Merece transcrição o entendimento de Santos:

Enquanto o tribunal intermediário não firmar o posicionamento a respeito do tema, outros juízes de mesmo nível hierárquico poderão, em tese, legitimamente, firmar outros precedentes a respeito do mesmo tema. Mesmo que isso aconteça e da aparente desordem que vários entendimentos sobre um mesmo tema pode, num primeiro olhar, representar, mesmo aí já terá havido o respeito à ideia do precedente judicial. (2012, p. 159).

No entanto, é forçoso reconhecer que essas decisões proferidas em sede de primeiro grau de jurisdição não são capazes de caracterizar jurisprudência, que são decisões reiteradas de um Tribunal.

É possível observar, de acordo com Santos (2012), que o juiz de primeiro grau tem amplos poderes para a condução do processo, mas que deve ser conscientizado de que sua decisão deverá servir de orientação dirigida a toda a sociedade. Cabe, ainda, aos Tribunais consolidar o seu entendimento. O autor afirma que o problema está em identificar quando o entendimento está consolidado, uma vez que se trata de uma conclusão empírica. A partir dos mecanismos existentes no sistema processual civil brasileiro atualmente, é possível avançar com a adoção dos precedentes (SANTOS, 2012, p. 160-163).

De outro lado, é importante mencionar os ensinamentos de Marinoni (2013, p. 254-255), que, ao reconhecer a importância dos fatos para o atual

*Common Law*, afirma que o juiz brasileiro não tem tanta dificuldade para identificá-los, pois, ao aplicarem-se regras jurídicas, os fatos já estão selecionados e determinados, ao tempo em que afirma que, pelo fato de o precedente ter, no Brasil, natureza interpretativa, isso não lhe retira a relevância, na busca pela igualdade, segurança jurídica, previsibilidade e otimização da administração da justiça.

Camargo (2012, p. 553-673) sustenta que o princípio da igualdade deve ser bem analisado na aplicação do precedente judicial, pois o grau de insatisfação de quem não logra êxito em uma demanda judicial é menor quando se percebe que outras pessoas em situações semelhantes também não obtiveram êxito. O contrário ocorre porque quando se é derrotado em uma demanda e percebe que em caso análogo foi decidido favoravelmente, não se está respeitando o princípio da igualdade, que determina tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais (CAMARGO, 2012, p. 553-673).

Marinoni (2013, p. 258-259) observa que a *ratio decidendi* não precisa sofrer a restrição de solucionar um caso, pois a capacidade de estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar a segurança jurídica, previsibilidade e igualdade, não deve ser privilégio das soluções definitivas dadas a um caso, pois todas as questões envolvidas e presentes nos processos judiciais devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes. A título de exemplo, citam-se as questões preliminares, que são necessárias à análise do mérito e dão origem às decisões que têm potencial de oferecer uma *ratio decidendi* (MARINONI, 2013, p. 258-259).

Há de se mencionar a atividade que os Tribunais Superiores desempenham em uniformizar a jurisprudência. A estrutura judiciária influencia no efeito e no respeito às decisões proferidas pelos seus membros, desenvolvendo uma subordinação às decisões superiores. Confirmam-se as lições de Bustamante:

É nesse sentido que se pode falar em uma dimensão vertical do precedente judicial: as cortes inferiores devem obediência às superiores, uma vez que estas últimas detêm o poder de reformar todas as decisões que sejam contrárias a seus precedentes. Pode-se falar, portanto, que, via de regra, os precedentes das cortes superiores – quando há uma relação hierárquica direta entre os órgãos jurisdicionais em questão – valem como fontes *obrigatórias em sentido frágil* (should-sources) independentemente da existência de uma norma expressa no ordenamento jurídico que estabeleça a obrigação de seguir os precedentes judiciais. (2012, p. 309).

A Constituição Federal, em seu art. 105, III, c, estabelece como hipótese de cabimento de Recurso Especial, a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão recorrida for contrária à interpretação que outro Tribunal tenha dado. Dessa forma, cabe à parte demonstrar a divergência entre as interpretações e submeter ao STJ a referida desarmonia entre os Tribunais. Atualmente, com os avanços proporcionados pela Internet, resta mais fácil demonstrar e se conhecer as decisões de outros tribunais.

Cabe, portanto, ao STJ, conhecido como Corte uniformizadora, interpretar a lei federal de maneira uniforme, a fim de se conhecer o seu entendimento.

Santos (2012, p. 170) afirma que essa função padronizadora também é exercida implicitamente pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que é cabível recurso extraordinário quando a decisão do tribunal intermediário contrariar dispositivos constitucionais, previsão inserta no art. 102, III, a, da Constituição Federal. Logo, havendo ou não divergência de julgamentos entre tribunais de mesmo nível hierárquico, caberá ao STF o recurso de estrito direito, pois até mesmo interpretar de forma diversa ao entendimento do STF sobre o assunto significa contrariar a Constituição (SANTOS, 2012, p. 170).

Percebe-se, sem maior esforço, que o Brasil avançou consideravelmente na aplicação de mecanismos que privilegiam decisões pacificadas e decididas anteriormente, porém é necessário que haja um amadurecimento na aplicação do precedente judicial.

### **3.3 A jurisprudência como fonte do Direito**

Tabosa (2003, p. 59) explica que *jurisprudencia* era a ciência do direito, em Roma, que se dividia em dois períodos, pontifical e leiga. A primeira etapa diz respeito à atividade de dizer o direito, que era específica dos sacerdotes e ficava fechada nos santuários dos pontífices. Porém, essa função, que se avizinha mais de uma revelação, e não de uma explicação do direito, não era jurisprudência propriamente dita. Já a leiga tem influência de um rompimento do direito com a religião, oportunidade em que passa a ser popularizado e divulgado para, em momento posterior, ser interpretado e receber tratamento específico (TABOSA, 2003, p. 59).

Mesmo com opiniões em contrário, é sedimentado que a jurisprudência é fonte do direito. Didier Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 439) afirmam isso com base no fato de haver precedentes vinculantes e obrigatórios, que aproximam do *binding precedents* do direito anglo-saxônico, uma vez que cabe ao magistrado não apenas a subsunção do fato à lei, mas também a tarefa de adequação constitucional do caso concreto, criando uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão. Por isso, observam os autores, há uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de *fonte* do Direito (2013, p. 439).

Abboud (2012, p. 499) destaca que a jurisprudência é considerada fonte do direito, ao lado do costume, do estatuto e da erudição, ponderando, entretanto, que a jurisprudência está relacionada às outras fontes. Merece transcrição observação do mesmo autor:

R. C. Van Caenegem ressalta a importância da jurisprudência, ponderando que a legislação não pode prever todas as hipóteses fáticas a serem solucionadas, precisando ser complementada pela jurisprudência a partir da interpretação. Já a Ciência do Direito, que não se interessa pela jurisprudência, não passa de uma abstração etérea. (2012, p. 499).

Já foi dito anteriormente que o precedente judicial pode ser apenas uma decisão. De outro lado, jurisprudência é a decisão reiterada dos tribunais.

Siqueira Júnior (2012, p. 105-107) conceitua jurisprudência como decisão reiterada dos tribunais sobre uma determinada matéria jurídica, constituindo uma das mais importantes fontes do direito, uma vez que o Judiciário responde prontamente aos anseios da sociedade por meio da formação da jurisprudência. Questionando-se sobre a característica de fonte do direito, o autor afirma que é a jurisprudência uma forma de o magistrado criar o direito no suprimento das lacunas da lei, e surgindo caso posterior e idêntico, aplica-se a jurisprudência como verdadeira fonte do direito (2012, p. 105-107).

Alexy (2001, p. 258-259) observa que uma teoria que trate sobre a argumentação jurídica desconsiderando a regra dos precedentes é carente de um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica, pois até mesmo na lei continental europeia é reconhecida ao menos a importância de fato do precedente judicial. O autor afirma que o princípio da universalizabilidade, ou seja, tratar casos iguais de modo semelhante é um dos fundamentos para seguir os precedentes. Porém, a justificabilidade pelo argumento apresenta-se como uma condição geral,

em que surge a possibilidade de exigir pelo precedente por uma questão de princípio (ALEXY, 2001, p. 258-259).

Ross (2000, p. 111) explica que as fontes do direito são aqueles fatores que têm o condão de influir no comportamento do juiz, pois apenas eles podem nos auxiliar na previsão de suas reações futuras. As fontes do direito são classificadas em formal e material. A primeira é resultante de qualquer ato que esteja autorizado a produzir norma; enquanto que fonte material é qualquer motivo ou razão que dê origem a uma norma jurídica.

Nesse contexto, a citação de Bustamante a seguir é oportuna:

Como se percebe, adoto uma concepção de fontes do Direito em que a locução é entendida no sentido de fontes não de “regras jurídicas gerais”, mas do “conjunto de prescrições tanto gerais como individuais” que compõem o Direito. Uma “norma individual”, no sentido de Kelsen, e uma “norma adscrita”, no sentido que adotamos nesse trabalho, constituem também “Direito” para fins de se determinar as suas fontes. (2012, p. 294).

Quanto à obrigatoriedade do precedente judicial, Ross (2000, p. 113-115) destaca que o importante é saber se a doutrina fornece critérios que determinam se o precedente tem força obrigatória ou não, de forma que não possibilite falar em uma limitação genuína à liberdade do juiz, o que é negado, porque o precedente só é considerado obrigatório quando concerne a *ratio decidendi* subjacente à decisão e porque, caso o juiz não deseje discutir a *ratio decidendi* de um precedente, lhe é possível distinguir o caso presente do anterior.

Vários fatores vão determinar qual a força vinculante do precedente judicial, como a organização do Estado e da Justiça, bem como a cultura jurídica da qual o país faz parte.

Em obra que trata sobre sentença cível, Jorge Neto explicita a importância da jurisprudência no atual sistema processual civil brasileiro. Confira-se:

Para fundamentar sua decisão, além do recurso às normas postas no ordenamento jurídico, Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, e demais espécies normativas, quase sempre o juiz fará uso de citações jurisprudenciais e doutrinárias, seja para ajudar a elucidar um conceito ou um instituto jurídico, seja pra invocar um precedente que corrobora sua própria decisão. (2009, p. 155).

Finalmente, há de se destacar a diferença que a jurisprudência representa para o sistema *Civil Law* e *Common Law*. Abboud (2012, p. 491-552) explica que, no sistema romano-germânico, a importância da jurisprudência está intimamente ligada

à lei, caracterizando, muitas vezes, uma interpretação do texto legal, uma vez que as decisões devem ser fundamentadas pela legislação, restando dissimulado o papel da jurisprudência atrás de uma interpretação da lei. Por outro lado, na *Common Law*, a lei não é considerada como a principal manifestação do direito, atuando de forma restrita e cedendo mais espaço aos precedentes, uma vez que, para se afastar desse precedente, o juiz deve justificar exaustivamente os motivos pelos quais ele não deve ser aplicado, fazendo uso do *distinguishing* e do *overruling* (ABBOUD, 2012, p. 491-552).

### **3.4 As possibilidades de mudança, revisão e superação do precedente judicial**

Não seria razoável imaginar que na aplicação de precedentes obrigatórios houvesse uma perpetuação de um determinado precedente. Para isso, há técnicas de superação do precedente judicial, destacando-se, entre elas, o *distinguishing* e o *overruling*.

Bustamante (2012, p. 387) define os casos de afastamento de uma regra jurisprudencial como *judicial departures*, “o que ocorre quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente, mas de forma diferente”.

Merece ser destacada a observação de Lima (2013, p. 203-204) sobre a superação sem critérios de regras estabelecidas pelos Tribunais superiores brasileiros, ofendendo a isonomia e a segurança jurídica. O autor cita como exemplo o contribuinte que ajusta a sua contabilidade fiscal de acordo com o entendimento jurisprudencial e é surpreendido por uma mudança, passando da condição de credor a devedor, sem sequer respeitar os atos praticados durante a vigência do primeiro entendimento. Afirma o autor que possibilitar essa mudança de entendimento a partir de critérios que devem ser seguidos é a forma mais segura de se obter um sistema de precedente justo (2013, p. 203-204).

#### **3.4.1 Distinguishing**

Já foi afirmado que um precedente judicial é identificado pela sua *ratio decidendi*, que é o que será considerado em casos posteriores. Para analisar se o precedente será aplicado no caso sob julgamento ou não, é necessário que os casos sejam comparados. Marinoni (2013, p. 325) afirma que os fatos materiais

deverão ser analisados para decidir de acordo com o precedente ou não. O precedente é criado para ser aplicado no futuro. Dessa forma, fala-se em *distinguishing*, que é a distinção entres os casos para efeito de se subordinar ou não o caso sob julgamento a um precedente (MARINONI, 2013, p. 325).

Tucci (2004, p. 174) ensina que, dependendo das circunstâncias nesse processo de diferenciação, é possível que se implique dois tipos de atividade dos tribunais: criadora e legislativa. Explicando essa possibilidade, cabível a colocação de Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Notando, pois, o magistrado que há *distinção (distinguishing)* entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*). (2013, p. 454).

Repita-se à exaustão que o precedente, para ter efeito vinculante, deve ter uma correspondência de fatos destacados na *ratio decidendi*. O que se pretende afirmar é que os fatos materiais deverão ser confrontados a fim de se verificar a aplicação da *ratio decidendi* do caso anterior, se análogo.

Tucci (2004, p. 175) evidencia que, no direito inglês, quando o juiz se depara pela primeira com uma controvérsia, sem que tenha havido prévia discussão pelos tribunais, considera-se uma *hard case*, que se contrapõe aos *clear cases*, que são amparados pelos precedentes.

O *distinguishing* não representa uma liberdade muito grande para que o magistrado considere determinados fatos a fim de diferenciar alguns casos. Ocorre que apenas fatos relevantes devem ser considerados para se caracterizar essa distinção. Nesse contexto, oportuna a citação de Marinoni sobre o assunto:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. (2013, p. 326).

Afirma Marinoni (2013, p. 326), ainda, que deve haver uma uniformização da aplicação dos critérios para a realização do *distinguishing*, onde seria criada uma obrigação de respeito às decisões passadas. O autor ainda ressalta que a não aplicação (*inapplicable law*) do precedente não significa considerá-lo equivocado (*bad law*).

O *distinguishing* representa para Wolkart (2012, p. 277-339) a técnica para superação de precedentes que mais deve ser promovida na doutrina e na jurisprudência, tencionando o impedimento do engessamento, o obstaculizar as possíveis injustiças, como a decorrente da aplicação de um precedente em situação cujas peculiaridades demandem diferente solução.

Da mesma forma que a lei não tem capacidade de prever todos os casos de uma sociedade, cedendo espaço aos magistrados para interpretá-la diante das novas situações, o precedente também não tem acapacidade de prever todos os fatos, uma vez que se limita aos fatos do caso sob julgamento. Já foi demonstrada a importância dos fatos materiais considerados em uma decisão, pois é de onde surge a *ratio decidendi*, que constitui a essência do precedente. Dessa forma, deve-se perceber qual a finalidade, a partir dos fatos, de um precedente. Caso não se enquadre, deve-se justificar e deixar de aplicá-lo. Logo, a compatibilidade do precedente irá limitar ou expandir a sua aplicação.

Deve-se destacar a observação feita por Marinoni (2013, p. 332) ao relatar a prática dos Estados Unidos da distinção inconsistente, que é uma distinção incompatível com as razões do precedente, ou seja, antes de revogar um precedente, por haver dúvida quanto à necessidade de revogação de um entendimento, o Tribunal opta por mantê-lo em vigor até que se chegue a uma decisão sobre a sua revogação.

É possível identificar técnicas desenvolvidas pelos Estados Unidos que gravitam entre o *distinguishing* e o *overruling*, quais sejam, a técnica de sinalização, a *transformation* e o *overriding*.

Marinoni (2013, p. 334) define a técnica de sinalização (*technique of signaling*) como uma priorização à segurança jurídica, pois mesmo que não mereça mais subsistir, o Tribunal ignora este fato e decide pela sua perda de consistência para futura revogação. Ataíde Júnior (2012, p. 92) afirma que essa técnica serve como um alerta em que o Judiciário avisa aos jurisdicionados que o precedente está na iminência de ser revogado, para evitar afronta às justas expectativas normativas.

A *transformation* é uma reconfiguração do precedente. Marinoni (2013, p. 342) a define como o caso em que a Corte nega o conteúdo do precedente, mas que, ao deixar de expressar formalmente, não caracteriza o *overruling*. Tenta-se compatibilizar a solução do caso em julgamento com o precedente reconstruído mediante a atribuição de destaque aos fatos relevantes que foram considerados de passagem (MARINONI, 2013, p. 342).

O *overriding*, consoante Marinoni (2013, p. 346-347), apenas restringe a incidência do precedente, diante da necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento formado em momento posterior. A lógica do *overriding* é de que, se o caso anterior fosse julgado na perspectiva do caso posterior, teria solução diferente, sendo o seu resultado incompatível com o precedente.

### **3.4.2 Overruling: revogação do precedente judicial**

*Overruling* é a possibilidade de revogar um precedente judicial. Quando o precedente é obrigatório (*binding authority*), ou seja, tem força vinculante, exige de quem o fizer uma convincente justificativa.

Oportuna a observação explanada por Bustamante entre *overruling* e *distinguishing*, quando explica que:

O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequência no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. (2012, p. 388).

Marinoni (2013, p. 388-389) adverte que o fato de se possibilitar a revogação de um precedente não retira a sua eficácia horizontal, ou como melhor define, o dever de se respeitar as próprias decisões, bem como não há mais possibilidade de países que adotam os precedentes como obrigatórios impedirem o *overruling*, pois é através dos critérios utilizados para superar um precedente que se autoriza falar em sistema de precedentes.

Diversos são os motivos que levam à revogação de um precedente. Nesse contexto, oportuna a citação de Marinoni:

Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a

estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação. (2013, p. 389).

A congruência social e consistência sistêmica têm a ver com alguma modificação no mundo dos fatos que leva à revogação do precedente. Ataíde Júnior (2012, p. 95) ensina que “os precedentes deixam de ter congruência social e consistência sistêmica quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias”. De outro lado, Marinoni (2013, p. 390) conclui que “o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões”.

Afirma-se, de acordo com Marinoni, que o precedente, para ser revogado, deve ter os requisitos básicos do *overruling* (perda de congruência social e surgimento de inconsistência sistêmica) contrapostos às razões de estabilidade ou preservação do precedente, ou seja, a prevenção justificada e a surpresa jurídica (2013, p. 391). Conclui, entretanto, o mesmo autor que:

[...] a proteção da confiança justificada e a prevenção da contra a surpresa injusta também normalmente não servem melhor à preservação de um precedente controverso do que à sua revogação. Sabe-se que uma importante espécie de confiança geral consiste na probabilidade de um número significativo de pessoas ter pautado as suas condutas com base num precedente. Porém, a confiança injustificada, frágil ou destituída de fundamentação jurídica certamente não constitui argumento capaz de permitir a preservação de um precedente incongruente ou inconsistente. Confiança justificada num precedente controverso – socialmente incongruente e inconsistente – é muito improvável. (2013, p. 395).

Convém mencionar a possibilidade de o juiz de instância inferior alterar a regra advinda da jurisprudência do tribunal superior. Dá-se o nome de *antecipatory overruling*. Essa possibilidade decorre do juízo de valor realizado pelo magistrado de que aquele precedente será revogado pela corte superior, diante dos fatos supervenientes à adoção daquele precedente. Marinoni (2013, p. 403-404) relaciona os fundamentos mais importantes desse instituto, quais sejam: “i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente”.

Analisando a compatibilidade do *overruling* ao precedente obrigatório, Bustamante (2012, p. 409) conclui que é inerente ao sistema, advertindo, porém,

para o fato de que a revogação deve advir de uma justificação normativa, respeitando os princípios basilares do precedente obrigatório.

A revogação de um precedente nos Estados Unidos gera efeitos, consoante os ensinamentos de Marinoni (2013, p. 419-420), retroativos, uma vez que a atitude de revogá-lo é o reconhecimento de que a tese defendida estava equivocada. Porém, adverte o autor que as Cortes têm decidido, ultimamente, pela não retroatividade, uma vez que se torna necessário garantir a segurança jurídica. Quando os efeitos da nova regra são postergados, recebe o nome de *prospective prospective overruling*. O *pure prospective overruling* ocorre quando a nova regra não é aceita pela Corte como reguladora do caso sob julgamento, e, por fim, a *prospective overruling* ocorre quando é anunciada a irretroatividade da regra aos casos anteriores à decisão. Dessa forma, para que o precedente seja retroativo, é necessário que a ação proposta esteja resguardada em uma confiança justificável no precedente revogado (MARINONI, 2013, p. 419-420).

Ainda sobre o *overruling*, Lima (2013, p. 208) faz uma comparação com o atual sistema processual brasileiro e conclui que atualmente pode-se encontrar, mesmo que raramente, pois de pouco alcance, um correspondente dele, que “é o procedimento de revisão ou cancelamento dos verbetes de súmula dos tribunais, não apenas do STF como também das demais cortes, que geralmente preveem essa possibilidade nos seus regimentos internos”.

Dessa forma, torna-se necessário examinar o sistema processual brasileiro e as recentes reformas para verificar de que forma o país adota e privilegia a adoção do precedente judicial.

#### 4 O PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: É OBRIGATÓRIO OU NÃO?

Tão importante quanto definir o que é precedente é saber se ele é vinculante ou não. Na hipótese de considerá-lo vinculante, ainda é necessário identificar o que significa, de fato, ser vinculante. Em outras palavras, é saber o que será considerado *ratio decidendi* na formação do precedente brasileiro. Essa dúvida surge quando o sistema próprio imposto pelo ordenamento jurídico traz práticas diferentes do que se pensa na teoria. A título de exemplo, confira-se a decisão proferida pelo colegiado de um Tribunal Superior, cujo voto do Relator é posto em votação, podendo surgir divergências ou considerações acerca da tese a ser concluída pelo colegiado.

Não há uma determinação expressa para considerar vinculante, com efeitos prospectivos, uma redação cujo resultado precise ser apreciado por aquele órgão. No entanto, da mesma forma que se chega a enunciados de súmulas ou de teses firmadas em recursos repetitivos, o sistema brasileiro é que determinará a melhor forma de adequar as suas peculiaridades a fim de garantir a segurança jurídica e o encurtamento da marcha processual.

Apenas por meio da prática é que será possível estabelecer critérios de como funcionará, efetivamente, o sistema do precedente obrigatório. Ilustrativamente, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, por meio da Reclamação nº 36.476/SP, ao indeferir a petição inicial, decidiu ser inadequada a utilização do instituto para o controle da aplicação supostamente indevida ou errônea de precedente oriundo dos entendimentos firmados pelo STJ em recursos especiais repetitivos.

Na oportunidade, a Corte destacou, após a visitação ao instituto da Reclamação e ao processo legislativo de aprovação e modificação do Código de Processo Civil vigente, a diretriz eleita pelo sistema processual civil em relação às demandas de massa, ou seja, que aos Tribunais de superposição compete a fixação da tese jurídica e a uniformização do Direito, cabendo aos Tribunais locais a aplicação da orientação paradigmática, onde efetivamente ocorre a distribuição da justiça.

A decisão e a postura adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça ratificam o entendimento de que o sistema de precedente brasileiro é, além de novo, único, pois será formado pelo próprio sistema de prestação jurisdicional.

Não faz sentido pensar, e muito menos decidir de modo a considerar que o precedente judicial será considerado ao fim do processo quando poderia limitar o prosseguimento de um feito desde o início, interrompendo um procedimento que levaria à conclusão óbvia de aplicação do precedente.

Causa muita estranheza o confronto dos dispositivos do Código de Processo Civil que tratam da improcedência liminar do pedido (art. 332), da concessão da tutela de evidência (art. 311, II), das competências do Relator (art. 932), e da Reclamação (art. 988), quando cotejadas com o art. 927 do referido diploma, não havendo sincronia que permita inferir quais os precedentes considerados vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

É nesse contexto em que se insere o cerne do presente trabalho: até que ponto, de fato, os precedentes já introduzidos no direito brasileiro são vinculantes? A indagação é importante quando se necessita de uma interpretação sistêmica para inferir a aplicação do art. 927 do Código de Processo Civil Brasileiro a casos não expressos, mas que tencionam encurtar o trâmite processual e, como consequência, a prestação jurisdicional, garantindo a segurança jurídica, um dos objetivos da teoria do precedente judicial.

O Código de Processo Civil vigente, em seu art. 927, determina a observância pelos juízes e Tribunais a certas decisões, ao tempo em que o art. 489, § 1º, do mesmo diploma legal considera não fundamentada a decisão judicial que 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.

Não resta dúvida, pela leitura dos dois dispositivos, que o legislador resolveu determinar a observância obrigatória dos precedentes judiciais, considerando como tais os insertos no art. 927, quais sejam: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O art. 926 do Código de Processo Civil introduz a determinação para que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, ao tempo em que emite o objetivo do que se pretende com o comando: a manutenção da jurisprudência de forma íntegra, estável e coerente. O regimento interno de cada tribunal deverá estabelecer a forma e os pressupostos para a edição de enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante.

Demonstrando, ainda, alinhamento à teoria do precedente, o § 2º do art. 926 aduz que a edição do enunciado de súmula deverá ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Percebe-se, portanto, que os arts. 926 e 927 são cruciais para permitir afirmar serem os precedentes judiciais obrigatórios no nosso sistema processual vigente. Não é dado, portanto, ao magistrado, ou ao aplicador do direito, vivenciar a sua rotina sem observar os julgados listados no art. 927 do CPC.

#### 4.1 Aplicação do art. 927

Tratar de precedente obrigatório no Brasil é tratar, inevitavelmente, do art. 927 do Código de Processo Civil, que já foi mencionado alhures como o rol de provimentos obrigatórios do diploma legal.

Há na doutrina quem defenda que a expressão “observar” prevista no caput do art. 927 é apenas um dever de levar o precedente em consideração. No entanto, o que se defende no presente trabalho vai ao encontro do que Peixoto defende a respeito do tema:

A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo “observar” não parece ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. *Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante.* (Grifos presentes no original). (2019, p. 180).

Não é compatível com um sistema coeso de aplicação obrigatória do precedente a interpretação que acarrete limitação à utilização do julgado previsto no

art. 927 a casos posteriores. Existem, por óbvio, as possibilidades de não aplicação do precedente por não ser ele adequado ao caso concreto, mas não por discordar do posicionamento firmado pelo órgão competente, por exemplo.

No entanto, aparentemente, alguns institutos parecem revelar mensagem em sentido contrário, aduzindo que determinado precedente servirá para a aplicação de determinados institutos, enquanto outros não. Pelo escopo do presente trabalho, serão apresentadas as hipóteses de indeferimento liminar do pedido, a concessão de tutela de evidência, as competências do Relator e a Reclamação.

## **4.2 A improcedência liminar do pedido**

O Código de Processo Civil vigente manteve, em seu art. 332, a possibilidade de improcedência liminar do pedido, conforme previa o art. 285-A do diploma de 1973. Pela redação vigente, o juiz poderá, nas causas que dispensem a fase instrutória, independentemente da citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar certas decisões listadas no dispositivo.

Nas lições de Didier Júnior (2019), a improcedência liminar do pedido é uma técnica de aceleração do processo, que permite ao magistrado proferir julgamento em detrimento do contraditório, que não é afetado porque o indeferimento o favorece. Confira-se:

A improcedência liminar do pedido é decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É decisão de mérito, definitiva, apta à coisa julgada e possível objeto de ação rescisória. (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 691).

Os quatro incisos elencam decisões que são instrumentos utilizados pelo Código para o fortalecimento da vinculação do precedente judicial no direito brasileiro, quais sejam: a) enunciado de súmula do STF ou do STJ; b) acórdão proferido pelo STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O art. 332 não possui correspondente aos precedentes previstos nos incisos I e V do art. 927: não é permitido, pela literalidade, portanto, o julgamento da improcedência liminar do pedido com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I do art. 927) e com

base na orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V do art. 927).

O inciso I do art. 332 prevê a possibilidade de improcedência liminar com base em enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, enquanto o art. 927, IV, determina a vinculação apenas aos enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.

Os incisos II e III do art. 332 correspondem perfeitamente ao inciso III do art. 927: acórdão em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O inciso IV do art. 332 não encontra, por sua vez, correspondente no art. 927, e trata da possibilidade de improcedência liminar do pedido tendo como fundamento o enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Didier Júnior (2019, p. 696) aduz que, embora não conste do rol dos precedentes obrigatórios do art. 927, o precedente sobre direito local consagrado em súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local assume importância invulgar na legislação processual, a ponto de permitir a improcedência liminar do pedido que o contrarie.

De acordo com a interpretação mais restritiva, não seria possível o indeferimento liminar do pedido com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A interpretação restritiva e não sistêmica desses dispositivos levaria à conclusão de que os precedentes listados no art. 927 possuem uma vinculação mitigada, pois são de observância obrigatória para os julgadores, mas não poderiam ser aplicados para o indeferimento liminar do pedido.

Ora, o que se pretende com a aplicação do precedente vinculante é encurtar a marcha processual sem abandonar a segurança jurídica, privilegiando o princípio da igualdade, pois trata de forma igual os casos que guardem identidade.

Apenas a interpretação sistêmica permite entender o microsistema de forma conclusiva a fim de privilegiar a vinculação do precedente. A interpretação contrária permitiria afirmar uma espécie de hierarquia entre os precedentes: aqueles mais vinculantes, que permitiriam inclusive o indeferimento liminar do pedido, e aqueles menos vinculantes, que não permitiriam o indeferimento liminar do pedido.

A improcedência liminar do pedido é apenas uma das quatro hipóteses que o presente trabalho pretende expor para demonstrar que indicam o fato de o legislador não ter percebido a antinomia criada para a vinculação do precedente, como sugerem os dispositivos que indicam a sua observância obrigatória.

### 4.3 Da tutela de evidência

Outra hipótese objeto de discussão no presente trabalho é sobre as hipóteses de concessão de tutela de evidência.

A tutela provisória pode ser concedida no processo de forma antecipada ou cautelar, que são suas espécies, sendo possível o seu requerimento em caráter antecedente ou incidental em cada uma delas. No entanto, apenas na hipótese de concessão de tutela provisória antecipada, em caráter incidental, pode ser ventilada a possibilidade de fundamentar a decisão com base na evidência do direito, o que encontra amparo legal no Código de Processo Civil brasileiro, no seu art. 311, prescindindo, portanto, da demonstração de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O mencionado dispositivo elenca as hipóteses de concessão da tutela provisória fundamentada na evidência, quais sejam: i) caracterização do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; ii) possibilidade de comprovação documental das alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; iv) caso a petição inicial seja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A tutela de evidência serve como proteção aos direitos evidentes, independentemente dos riscos da demora do processo. Nesse ponto, Fux (1996, p. 311-312) indica que direito evidente, sob o prisma processual, é aquele cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. É aquele direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, e aquele direito assentado em fatos incontroversos (FUX, 1996, p. 311-312).

Pela leitura do dispositivo, será possível perceber que o inciso II permite que seja concedida a tutela provisória antecipada em caráter incidental e fundamentada na evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas por meio documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Nota-se, nesse ponto, que o legislador se preocupou em observar o art. 927 do mesmo diploma legal, que, repita-se à exaustão, determina a observância obrigatória de determinados julgados. É de se ressaltar, ainda, a previsão contida no parágrafo único do art. 311 do CPC, que autoriza o magistrado a decidir liminarmente quando restar caracterizada a situação em questão.

O próprio art. 928 do Código de Processo Civil fornece o que se considera julgamentos em casos repetitivos: i) incidentes de resolução de demandas repetitivas; ii) recurso especial e extraordinário repetitivos. Dessa forma, somente os incisos II e III do art. 927, considerando a possibilidade expressa de observância obrigatória da súmula vinculante, encontrariam previsão de concessão de tutela de evidência, e, ainda assim, de forma parcial, pois precisaria operacionalizar a exclusão da possibilidade de concessão quando da assunção de competência.

Caso ocorresse uma das hipóteses previstas nos incisos I, IV e V do art. 927, não estaria o julgador apto a fundamentar o deferimento de medida liminar de evidência, incluindo, por exemplo, uma súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, que deve ser observada pelo julgador quando do proferimento da decisão final, mas não seria instrumento apto à concessão de medida liminar, alongando o curso do processo de forma ineficaz.

Na hipótese de não considerar que se permite aplicar os julgados listados no art. 927 do CPC na concessão de tutela de evidência, seria o mesmo que afirmar, conforme mencionado no item anterior, que existem precedentes judiciais mais vinculantes que outros, tendo em vista que seria considerado evidente um direito comprovado por meio documental, desde que haja tese firmada em sede de julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante, que são apenas dois dos julgados listados no art. 927, tornando, nessa concepção, menos vinculante, portanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, que não teriam o condão de permitir a concessão de tutela antecipada fundamentada na evidência se não for realizada uma interpretação sistêmica do Código a ponto de permitir que seja concedida a medida com base em qualquer dos julgados previstos no art. 927.

A tutela de evidência que encontra amparo na comprovação documental e no precedente obrigatório privilegia dois importantes institutos do novo Código de Processo Civil, quais sejam o precedente obrigatório e a tutela de evidência, que privilegia, nitidamente, a situação jurídica firmada anteriormente.

A tutela de evidência é tratada como materialização do princípio da igualdade processual, uma vez que determina quem arcará com o ônus do tempo do processo, evitando que aquele possível vencedor da demanda seja prejudicado por essa demora, permitindo que usufrua, desde logo, do objeto litigioso, evitando que o possível derrotado seja beneficiado com esse usufruto durante o trâmite processual. Sobre o tema, merece transcrição a lição de Macêdo:

A antecipação da tutela pautada na evidência do direito, não é despiciendo frisar, é importantíssima medida para que se possibilite que o sujeito processual que tem prova hábil para gerar convicção próxima da verdade e demonstra adequação da sua tese jurídica possa usufruir o objeto litigioso, que muito provavelmente terá deferido ao fim, sem esperar todo o trâmite do procedimento ordinário, capaz de, tanto por sua duração fisiológica como patológica, gerar um dano colateral, típico do tempo do processo, incompatível com o direito fundamental de efetividade do processo e com a igualdade processual. (2018, p. 671-696).

O Código de Processo Civil vigente, conforme já mencionado, estabelece a obrigatoriedade de observância a determinados julgados considerados vinculantes. Macêdo propõe que seja realizada interpretação sistêmica a fim de compatibilizar o sistema de precedente obrigatório com a tutela de evidência, não sendo razoável impor o ônus de suportar o tempo do processo àquele que possui prova documental suficiente e tese a seu favor adotada em precedente obrigatório, devendo ser interpretado, portanto, em sua inteireza. Confira-se:

Quando a demanda versa sobre questão pacificada em precedente judicial obrigatório, há a *facilitação de provimento concedendo a tutela de evidência*. A fixação de determinada *ratio decidendi* por tribunal superior restringe as possibilidades argumentativas e, com isso, torna pouco provável o sucesso da parte que litigue em sentido contrário, ressalvada a possibilidade de se fazer uma distinção. Em consequência do *stare decisis*, o sujeito que litigue levantando a *ratio decidendi* consagrada no Supremo Tribunal Federal ou nos tribunais superiores, diante da similitude dos fatos substanciais levantados, está em situação favorável à concessão da tutela de evidência. Igualmente, quando a defesa do réu limita-se a reiterar argumentos já rechaçados no precedente obrigatório e nos casos posteriores, trata-se de situação em que a evidência da tratativa jurídica faz importante a técnica da antecipação da tutela. (2018, p. 671-696).

É possível achar que houve um esquecimento por parte do legislador, mas, de toda forma, é necessário encarar o sistema como uno, assim como o é o próprio Direito.

#### **4.4 Da competência do Relator**

É dada ao Relator do processo no Tribunal, de acordo com a previsão inserta no art. 932 do Código de Processo, a incumbência de negar provimento ao recurso que seja contrário a determinadas decisões, consideradas, naquele sentido, como vinculantes, portanto. As decisões ali previstas não encontram perfeita correspondência com as decisões elencadas no art. 927 do CPC, a exemplo dos institutos já detalhados e da Reclamação.

Cabe ao Relator do processo, portanto, em conformidade com o art. 932, IV, negar provimento ao recurso que seja contrário à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. As mesmas decisões permitem ao Relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver baseada nelas, sendo necessário, neste caso, oportunizar o contraditório, exercido por meio de contrarrazões, em homenagem ao princípio da não surpresa, amparado no art. 10 do Código de Processo Civil.

No entanto, pela leitura do dispositivo, mais uma vez, comparada ao previsto no art. 927 do CPC, não é possível identificar a sincronia tão mencionadas nos itens precedentes. É o mesmo que dizer, mais uma vez, que há precedentes mais ou menos vinculantes que os outros.

No presente caso, a estranheza chega a ser maior e a aberração que resultaria da interpretação diversa causaria um paradoxo: a decisão é de observância obrigatória pelo magistrado de primeiro, mas sendo desprezada a determinação, não caberia ao Desembargador Relator, em grau de recurso, de forma monocrática, extinguir o processo decidindo de acordo com o precedente previsto no art. 927.

O inciso IV do art. 932 aduz que o Relator poderá negar provimento ao recurso com base em uma súmula do STJ, por exemplo, mas não poderá assim

proceder com uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que, por sua vez, é precedente judicial obrigatório previsto no art. 927.

Conforme já mencionado, não é razoável o pensamento que condiz à conclusão de considerar que o precedente judicial será levado em conta ao fim do processo, quando poderia limitar o prosseguimento de um feito desde o início, interrompendo um procedimento que implicaria aplicação do precedente.

#### **4.5 Da Reclamação**

O último instituto tratado no presente trabalho é o da Reclamação, que encontra previsão no art. 988 do Código de Processo Civil vigente, e tem como função a preservação da competência do tribunal; a garantia da autoridade das decisões do tribunal; a garantia da observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Pode ser considerada a Reclamação um mecanismo de garantia de aplicação do precedente judicial, uma vez que, havendo a sua inobservância, caberia à Corte que proferiu a decisão considerada vinculante pelo art. 927 do Código de Processo Civil decidir o pedido formulado pela parte interessada, preservando, assim, que se fosse o caso de aplicar o precedente, ou seja, não sendo o caso de afastá-lo, seja ele aplicado e observado pelas Cortes e juízos inferiores.

No entanto, observa-se claramente que o art. 988 não reproduz o rol exposto pelo art. 927 do Código de Processo Civil, reproduzindo a mesma atecnia identificada nos institutos anteriores, qual seja tratar, para determinadas finalidades, alguns precedentes como vinculantes, mas para outras não.

É possível afirmar, portanto, que a intenção da criação do sistema de precedente judicial obrigatório surge para possibilitar o encurtamento dos processos judiciais sem esquecer da segurança jurídica, e que qualquer interpretação em sentido contrário conduziria ao abandono desse princípio inicial. Essa ideia é

plenamente reforçada pela previsão do instituto da reclamação, que permite uma reparação instantânea à inobservância do precedente judicial.

Ainda seria possível defender que apenas as decisões que admitem a Reclamação seriam vinculantes, desprezando aquelas previstas no art. 927 e que não estão elencadas no art. 988. No entanto, o pensamento não deve prosperar, sob o risco de não ser possível atender ao comando do art. 926, que determina a necessidade de uma jurisprudência coesa.

Interpretar que todos os institutos elencados até agora devem receber, de fato, o tratamento diferenciado, considerando cada precedente de forma isolada para cada tipo de decisão, seria considerar, como já mencionado, que existem precedentes mais vinculantes que outros e desprezar a obrigatoriedade de observar os precedentes obrigatórios do art. 927 do Código de Processo Civil.

Para fins ilustrativos, será inserida tabela com os institutos estudados e as decisões que encontram ou não correspondência com o elenco de decisões do art. 927:

<b>Decisões do art. 927 - Precedentes obrigatórios</b>	<b>Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade</b>	<b>Enunciados de súmula vinculante</b>	<b>Incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e julgamento de RE e Resp repetitivos</b>	<b>Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional</b>	<b>Orientação do Plenário ou Órgão Especial ao qual está vinculado</b>
<b>Art. 332 - Improcedência liminar do pedido</b>	Sem correspondente	Correspondente	Correspondente	Correspondente	Sem correspondente
<b>Art. 311, II - Tutela de evidência</b>	Sem correspondente	Correspondente	Correspondente	Sem correspondente	Sem correspondente
<b>Art. 932 - Competência do Relator</b>	Sem correspondente	Correspondente	Correspondente	Correspondente	Sem correspondente
<b>Art. 988 - Reclamação</b>	Correspondente	Correspondente	Correspondente	Sem correspondente	Sem correspondente

## 5 CONCLUSÃO

O atual sistema processual civil que vigora no ordenamento jurídico brasileiro comporta diversos institutos que geram previsibilidade nas relações e que vinculam os magistrados às decisões emanadas de órgãos hierarquicamente superiores. O que melhor ilustra essa afirmação é a previsão do art. 927 do Código de Processo Civil brasileiro, que elenca decisões sobre as quais recai o manto da observância obrigatória.

No entanto, convém mencionar que o Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 45, aprovada em 2004, não estipulava nenhuma regra que determinasse um magistrado de primeiro grau a seguir orientação de nenhum outro magistrado, independentemente da sua hierarquia, regra trazida pelo instituto da súmula vinculante.

É comum que uma orientação seja seguida pelos magistrados de hierarquia inferior por saberem que, em grau de recursos, a decisão seria facilmente reformada. A súmula vinculante inaugurou esse pensamento, corroborando e obrigando que os órgãos judiciários e a Administração Pública estejam vinculados ao seu enunciado.

É possível afirmar que o Brasil possui influências de países que adotam o precedente judicial de forma vinculante. Porém, há de se reconhecer que o Brasil não tem um amadurecimento que possibilite aos profissionais do Direito a devida utilização do precedente. Percebe-se que há uma dificuldade de o profissional ter a necessária atenção aos fatos do caso precedente a fim de se determinar o que é a *ratio decidendi* e *obiter dicta* no caso em análise, devendo-se extrair apenas o que for *ratio decidendi*. Se for idêntico, será aplicável ao caso em julgamento.

No Brasil, entretanto, é comum a introdução de ementas de julgamentos pretéritos como forma de convencer o julgador de que, em casos semelhantes, a solução dada foi aquela defendida, sem se ater detalhadamente aos fatos do caso paradigma, o que gera uma cadeia de decisões baseadas em outras decisões que resolveram casos parecidos, e não idênticos, como exige o precedente, de onde se extrai o mais importante a partir da *ratio decidendi*, ou seja, do que é realmente importante.

A vigência do novo Código de Processo Civil remete à necessidade de se capacitar os profissionais do Direito, bem como o próprio sistema processual

brasileiro, com o escopo de ter decisões vinculantes de forma responsável, pois o sistema de precedente brasileiro não segue um padrão pré-definido pelo Código e a condução da atividade jurisdicional determinará como serão extraídos e aplicados os precedentes judiciais.

A utilização de precedentes obrigatórios tem o crédito de ser uma maneira eficaz de garantir a segurança jurídica e a isonomia das decisões, mas tem contra si o receio gerado pela possibilidade de engessamento do direito. Ocorre que várias tentativas do legislador brasileiro de introduzir no seu ordenamento jurídico essa figura acarretaram, por exemplo, a origem da súmula vinculante, exaustivamente mencionada neste trabalho. A súmula não precisa ser vinculante para que o juiz, ao receber um recurso de apelação, não o conheça porque a sua decisão está de acordo com o entendimento sumulado do STJ ou STF. No entanto, resta claro que são absolutamente passíveis de revisão e cancelamento os referidos enunciados.

No entanto, conforme apresentado no presente trabalho, surge a dúvida acerca da obrigatoriedade real dos precedentes judiciais do art. 927, ao se demonstrar, a título de ilustração, dois institutos que têm como fundamento básico a repulsa pelos efeitos da demora do processo judicial, que não remetem ou não repetem as disposições do art. 927 e escolhem as decisões que serão consideradas vinculantes para os efeitos pretendidos. Os institutos mencionados são a tutela de evidência e a improcedência liminar do pedido.

Porém, não é possível imaginar uma aplicação dos institutos afastada da necessidade de observância obrigatória dos precedentes obrigatórios estipulados no Código de Processo Civil. Dito de outra forma: a interpretação sistêmica do Código de Processo Civil permite inferir que é possível a concessão ou o indeferimento de tutela de evidência bem como a decisão de improcedência liminar do pedido com base em qualquer decisão elencada no art. 927. Somente essa leitura permite privilegiar o escopo daquele diploma legal.

O Brasil precisa e merece avançar na aplicação de precedentes vinculantes, mas não com medidas paliativas, e sim com um sistema que permita o desenvolvimento do precedente a fim de gerar uma nova conduta diante de julgamentos anteriores, analisando os fatos e a *ratio decidendi* de cada um com o intuito de aplicar ao caso sob análise do Judiciário em momento posterior, garantindo a segurança jurídica e a isonomia diante do mesmo caso.

A maturação dos operadores do Direito acerca dos institutos envolvidos no sistema de precedente obrigatório possibilitará o seu alcance ao fim almejado.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org). **Direito Jurisprudencial***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-DF: Senado, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org). **Direito Jurisprudencial***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela. v. 2. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. v. 3. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Tutela antecipada de evidência fundada nos precedentes judiciais obrigatórios. *In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral); COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Grandes temas do Novo CPC***. v.6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 669-696.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi** ou os fundamentos determinantes da decisão. Interesse Público [Recurso Eletrônico], Belo Horizonte, v. 15, n. 77, jan./fev. 2013. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/5529/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedente e evolução do Direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula vinculante, necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.