

A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES À LUZ DA CONFLUÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Jean Henrique Fernandes

Graduado pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro (UNESA). Advogado.

Resumo – o precedente judicial pode ser entendido como um pronunciamento proferido pelo magistrado em determinado processo que, por conseguinte, será utilizado como base de formação de decisão judicial em outro processo em si. Decorrente disso, queda por renovar o ordenamento em determinado ponto, criando uma nova regra para ser reproduzida *a posteriori* em casos análogos. O foco do presente artigo é demonstrar a exigibilidade de uma jurisprudência íntegra com base na história institucional da produção de decisão judicial, advindo os tais precedentes, à luz da teoria de Ronald Dworkin. Dessa forma, é demasiada a importância dos precedentes ao fornecer para o Judiciário a eficiência dos julgados. Nessa esteira, o trabalho desenvolve-se sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*, precedentes persuasivos e argumentativos, precedente e jurisprudência; a flutuação de entendimentos judiciais, a observância em decisões anteriormente proferidas acerca da mesma matéria, a importante verificação da existência de linhas decisórias constantes; a metáfora do romance em cadeia, a potencialidade das *rationes decidendi* em ter eficácia vinculante, a engrenagem do Sistema de Precedentes: *distinguishing e overruling*. Por fim, foi demonstrado a importância da observação dos precedentes, baseando-se no princípio da isonomia e principalmente da segurança jurídica.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Sistema de Precedentes Judiciais. *Common Law* e *Civil Law*. *Distinguishing* e *Overruling*. *Rationes Decidendi*. Ronald Dworkin.

Sumário – Introdução. 1. O sincretismo de influências do direito comparado no direito brasileiro: a necessidade de construção de uma teoria dos precedentes judiciais. 2. A utilização da *ratio decidendi* no ordenamento jurídico brasileiro: a técnica de decidir a partir de precedentes: casos iguais, respostas jurídicas iguais? 3. A técnica de desvinculação dos precedentes: do *overruling* e outras práticas que a tangencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz ao debate a aplicabilidade das *rationes decidendi* dos precedentes à luz da teoria de Ronald Dworkin, demonstrando a exigibilidade de uma jurisprudência íntegra com base na história institucional da produção de uma decisão judicial.

Para tanto, discute-se os fundamentos determinantes dos precedentes judiciais que, devem assegurar isonomia, ao tratar da mesma forma, aos casos análogos entre si, bem como possuir eficácia na aplicação do direito nos casos futuros.

Constata-se que há uma dificuldade das normas abstratas se aplicarem ao caso concreto, sendo necessário algo a mais para auxiliar os magistrados na produção de suas decisões judiciais, tendo em vista a frequente evolução da sociedade.



No Brasil, adota-se como principal fonte do direito a Lei e, portanto, pertencente à tradição do *Civil Law*, o qual tem origem romano-germânico, caracterizado pela aplicação da norma em abstrato aos casos concretos. Desse modo, a normatização do Direito precede da Lei.

Assim, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ter por tradição o sistema do *civil law*, estruturado principalmente na previsão legal, é evidente a crescente importância da jurisprudência na interpretação das normas e, até mesmo, na evolução do conceito de justiça da sociedade.

No entanto, apesar de a utilização de precedentes como fundamentação em decisões poder trazer agilidade ao processo e concretizar uma igualdade material entre casos análogos, sua má utilização também pode trazer prejuízos, em especial quanto à segurança jurídica, elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

Caso se adote um sistema de precedentes muito rígido, o Direito acabará engessado, minando uma das principais vantagens desse sistema, que é sua adaptabilidade. Já se for adotado um sistema extremamente flexível, corre-se o risco de cair no casuísmo, frustrando qualquer expectativa e a confiança construída pelos jurisdicionados.

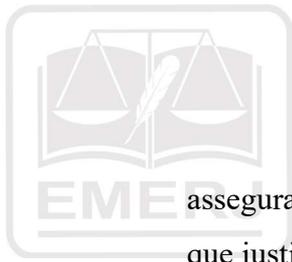
Trata-se de assunto de extrema relevância na ordem jurídica atual. Afinal, como dito, a utilização dos precedentes tem sido, cada dia mais, valorizada e estimulada. Porém, sem o devido estudo das técnicas de interpretação, superação e modulação dos efeitos dos precedentes, corre-se o risco de gerar imensa insegurança jurídica, ou de impedir a evolução do Direito.

Afinal, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 deu especial atenção aos precedentes judiciais, é importante que se discutam as finalidades dessa aplicação e os meios de torná-los importantes instrumentos em defesa da igualdade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e do Direito em geral.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a evolução histórica dos precedentes judiciais, o que são os fundamentos determinantes de um precedente, como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as influências do Novo Código de Processo Civil e a teoria de Ronald Dworkin.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, para melhor compreensão do tema, a exploração das particularidades na aplicação dos precedentes no Brasil — em casos iguais, as respostas jurídicas têm sido iguais? O que vincula no precedente vinculante? —, a fim de pormenorizar toda sua a dinâmica.

O terceiro capítulo, com o propósito de análise da aplicação prática na comunidade, analisa-se as técnicas de superação e distinção dos precedentes, a fim de demonstrar como elas



asseguram a aplicação dos precedentes apenas a casos em que se reportam as circunstâncias que justificam a sua criação e evitar o engessamento do Direito,

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

Ressalte-se que não se pretende esgotar todas as previsões sobre precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, ou analisar profundamente as modificações trazidas pelo novo código. Na verdade, a intenção é demonstrar a aplicabilidade e a atualidade da discussão aqui trazida, mesmo com as modificações implementadas pelo legislador.

1. O SINCRETISMO DE INFLUÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO NO DIREITO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A compreensão das influências no ordenamento jurídico brasileiro, tanto do *civil law* quanto do *common law*, é extremamente importante diante da função desempenhada pelos precedentes. Focalizando especificamente na colonização portuguesa, o Brasil recepcionou o sistema Romano, adotado por Portugal, e sobre ele firmou as suas raízes, conforme Patrícia Perrone Campos Mello¹ aduz e conclui:

A herança lusitana trouxe a concepção da lei como a principal fonte do direito, mas introduziu no Brasil, igualmente, os assentos, enunciados judiciais com caráter normativo, que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação das normas e a conferir-lhe uniformidade, e que perduraram até a República, constituindo o antecedente histórico dos julgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde aqui [no Brasil].

A principal diferença entre os dois sistemas, e o que acaba influenciando na sua forma de funcionamento, é a concepção de justiça adotada. No sistema da *civil law*, o papel da justiça é visto como a aplicação da vontade concreta da lei, a atuação do direito objetivo. A paz social

¹ MELLO, Patrícia Perone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54-55.



é um objetivo remoto. Trata-se de uma justiça do Estado. Já na common law, o principal objetivo da justiça é promover a pacificação dos litigantes; e o critério utilizado será aquele que melhor se adequar ao caso concreto. É uma justiça paritária, da comunidade².

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve um avanço significativo no papel da jurisprudência, e tal fato relaciona-se com alguns fatores, como destaca Perrone³ “a) a redemocratização do país; b) a amplitude da pretensão normativa de seu texto; c) a nova hermenêutica constitucional; e d) a inovação nos instrumentos de *judicial review* (...), criando condições adequadas para o desenvolvimento judicial do direito”.

Na perspectiva de análise dos precedentes judiciais, enaltece-se a importância de compreender a distinção entre os conceitos de decisão, precedente, jurisprudência e súmula. Isso porque não é toda decisão judicial que funcionará como precedente. Câmara⁴ afirma que “precedente é um pronunciamento [decisão] judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”.

Diante dessa evolução, iniciada pelo precedente, passando pela jurisprudência, passe-se, então, a expor, em linhas gerais, a elaboração de um enunciado de súmula. Nas palavras de Didier Jr.⁵: “a súmula é enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.

Para enfrentar a questão sobre a necessidade da formação de uma teoria brasileira dos precedentes judiciais, importante salientar que o ordenamento jurídico nacional ainda não possui um sistema legal organizado e especificamente destinado a regulamentar a elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais (*rules of precedent*⁶).

No Brasil, os precedentes judiciais podem produzir três tipos de efeitos jurídicos: precedentes com eficácia meramente persuasiva, precedentes com eficácia impositiva intermediária e precedentes com eficácia normativa.

Os precedentes com eficácia meramente persuasiva são os que não têm qualquer carga vinculante, funcionando apenas como instrumento de fundamentação, de persuasão do magistrado. É a regra nos sistemas do civil *law*.

² GRECO, Leonardo. *Paradigmas da justiça contemporânea e acesso à justiça*. Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/197/196>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

³ MELLO, *op. cit.*, p. 56.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 431.

⁵ *Id.* *Coleção novo CPC: procedimento comum*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1012.

⁶ Na tradução livre, “regras de precedentes”.



Os juízes, nesses casos, não estão obrigados a seguir o entendimento firmado nos precedentes em questão, porém podem utilizá-los como fundamento de suas decisões, quando entenderem conveniente, como forma de reforçar sua posição.

Por conseguinte, quanto ao modo de aplicação, enquanto as regras seguem o “tudo ou nada”, a subsunção, incidindo sempre que o fato nela descrito se realizar; os princípios são aplicados mediante uma ponderação. Tendo em vista que os princípios traduzem direções e valores, não é possível que um se sobreponha ao outro, devendo-se buscar formas de otimizar cada um deles no ordenamento.

A valer, nesse raciocínio, importante salientar que o elemento da coerência, o qual é pressuposto para a criação de uma teoria racional dos precedentes judiciais, desenvolvida por Ronald Dworkin⁷ — a teoria da integridade do Direito (*law as integrity*) — é relevante ao enfatizar que no processo de formação das decisões judiciais há uma intrínseca relação histórica e uma tradição institucional entre decisões passadas, presentes e futuras.

Nesse cenário, então, a teoria da integridade do Direito possui como elemento central a ideia de comunidade de princípios. Para Ronald Dworkin, o desenvolvimento jurídico se pauta pela busca da coerência principiológica, por intermédio da realização dos valores de equidade (*fairness*), justiça (*justice*) e devido processo legal (*procedure due process*).

A integridade da comunidade dos princípios está assegurada quando há o respeito à história institucional da sociedade, a qual reflete um conjunto único e coeso de princípios intersubjetivamente compartilhados pelos cidadãos.

Por conseguinte, decorre uma autoridade moral do Estado e da sociedade, no sentido de que as proposições jurídicas são elaboradas, interpretadas e aplicadas levando-se em conta as conquistas passadas, mas com os olhos voltados para o futuro.

Dessa maneira, há uma permanente reconstrução coletiva do Direito. A coerência faz com que as decisões sejam proferidas por uma mesma comunidade principiológica, tendo em vista “a existência de princípios jurídicos que permitem conectar decisões — legislativas e judiciais — do passado através de um mesmo fio lógico-argumentativo, dotando-os de integridade”.

Já no contexto das decisões judiciais brasileiras, a teoria da integridade manifesta-se, sobretudo, na metáfora denominada de romance em cadeia. A história do Direito — e também da atividade legislativa e jurisdicional — pode ser comparada a um romance redigido de modo

⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 135-143.

coeso e concatenado, em que cada romancista historicamente posterior, desprovido de liberdade criativa plena⁸.

Assim, é importante que o romance seja construído como um texto íntegro, único e homogêneo, e não como uma sequência fragmentada, esparsa e independente. Nessa lógica, cabe ao juiz, ao prolatar uma sentença, analisar as decisões passadas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar.

Entende-se que, a atividade decisória dos magistrados não é produzida no vazio, mas, sim, sendo o resultado do diálogo reconstutivo permanente com a história institucional da sociedade. Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade (...) pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito (...). Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (...). O veredito do juiz — suas conclusões pós-interpretativas — deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.

Assim sendo, como cada caso concreto pertence a uma dimensão maior de coerência histórico-institucional, compete ao magistrado decidir levando em consideração o presente, mas em consonância com os direitos conquistados no passado, e com o objetivo de progredir para as gerações futuras.

Outrossim, a integridade da decisão judicial está presente na “conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade”⁹ projetados na Constituição. Ao juiz cabe exercer a jurisdição como uma “obra coletiva”¹⁰, na condição de participante que dialoga com a sociedade mediante a reinterpretção construtiva do Direito, o respeito à Constituição e a aplicação dos princípios jurídicos adquiridos ao longo da tradição histórico-institucional da comunidade onde está imerso.

Nessa perspectiva, parece evidente que o sistema jurídico-processual nacional necessita de um melhor desenvolvimento de uma teoria própria dos precedentes judiciais. É uma realidade notória que o Brasil cada vez mais se distancia da adoção exclusiva do sistema do *civil law* e da valorização exacerbada da legislação posta e codificada — *statute law* —.

⁸ CÂMARA, *op. cit.*, 2017, p. 438

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 103.

¹⁰ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 499.

Importante salientar, o movimento atual de reforço da força vinculativa dos precedentes judiciais, o que nos aproxima do modelo da *common law* e do enfoque no direito jurisprudencial — *case law*¹¹ — como fonte do Direito.

A aplicação obrigatória de precedentes judiciais implica uma conexão do *civil law* e da *common law*, de maneira a ampliar os horizontes hermenêuticos e a enfatizar a força criativa da função jurisdicional — *judge-make law*¹² —.

No Brasil, todavia, é possível dizer que não há uma compreensão adequada dos institutos e conceitos que formam a *common law*. A histórica e constante influência do sistema do *civil law* ainda se mostra arraigada em boa parte dos operadores do Direito.

Como exemplo, cite-se que, no ordenamento nacional, a atribuição de força vinculante a precedentes judiciais é muitas vezes confundida com técnicas de padronização decisória. A existência de enunciados de súmulas (mesmo as não vinculantes) demonstra o objetivo de universalização de teses jurídicas a serem aplicadas em casos concretos que apresentem um mínimo de similitude fático e/ou jurídica.

Entretanto, na sua essência, os precedentes judiciais não possuem as características de generalidade, impessoalidade e abstração típicas das leis. Por exemplo, nos países de tradição de *common law*, a aplicação de um precedente judicial não significa que o magistrado deve desprezar a reconstrução do caso concreto de acordo com as suas particularidades.

A técnica do *stare decisis* não tem como pretensão generalizar a incidência do precedente judicial a toda e qualquer causa análoga, como parece ser a finalidade dos enunciados de súmulas no Brasil.

Diversamente, a adoção de uma técnica decisória que permita — e não que imponha — ao juiz a aplicação do precedente judicial somente é aceitável se as circunstâncias particulares do caso concreto assim permitirem.

¹¹ Conforme visto anteriormente, a *common law* é o sistema jurídico inglês clássico, que tem como fundamento histórico a distinção entre a *equity*, entendida como um conjunto de soluções para completar e eventualmente rever um sistema — o da *common law* — então bastante insuficiente e defeituoso, e a própria *common law*, considerada, “como oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” — embora haja a distinção histórica, desde 1875 houve a fusão da *common law* e da *equity* —. Em contraposição à *common law*, o sistema jurídico romano-germânico (ou *civil law*) é aquele fundado na diferenciação básica entre direito público e direito privado. Outra diferença apontada pela doutrina é que no *civil law* as leis e códigos — direito posto, ou seja, a *statute law* — reduzem as possibilidades de interpretação judicial, enquanto na *common law* há uma maior abertura para a interpretação judicial da legislação e para uma atividade criativa do juiz.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-99.

Em um sistema de *common law*, é a *ratio decidendi* do julgado que firma o precedente — com aptidão para vinculação a outros casos análogos —, e não o dispositivo da decisão — que apenas faz coisa julgada entre as partes —. Lenio Luiz Streck explica que¹³:

Parece evidente que um sistema jurídico que adote precedentes vinculativos não representa um ‘mal em si’. Afinal, a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. (...). Ou seja, as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica.

No sistema da *common law*, então, a *ratio decidendi* de um precedente é o ponto de partida para a análise da sua adequação às particularidades do caso concreto. No atual sistema brasileiro, porém, a conclusão sintética e estanque de um enunciado de súmula é suficiente para a aplicação da orientação nele consignada, o que faz com que no Brasil se julguem teses, e não causas.

2. A UTILIZAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A TÉCNICA DE DECIDIR A PARTIR DE PRECEDENTES: CASOS IGUAIS, RESPOSTAS JURÍDICAS IGUAIS?

O direito contemporâneo abriu-se para a sociedade, de modo a englobá-la e à sua complexidade. Por conseguinte, a cada dia os *hard cases*¹⁴ se multiplicam. Nesse contexto, o único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, é adotarem-se métodos mais refinados de interpretação das decisões judiciais.

O argumento sobre a equidade é comumente expresso em termos de uma estrutura simples, “tratar casos iguais igualmente”. Com isso, falha-se em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário e, conseqüentemente, injusto. Afirma Dalla¹⁵ que:

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 352-360.

¹⁴ *Hard-cases, standard-case e leading-case* são expressões empregadas no direito comum anglo-americano para designar ações judiciais que, por versarem sobre questões jurídicas complexas e inéditas, não podem ser submetidas a uma regra de direito clara e precisa. Na língua portuguesa, a expressão jurídica *hard-case* significa, literalmente, “caso difícil” ou “caso problemático”. Já as expressões *standard-case* e *leading-case*, utilizadas como sinônimas em língua inglesa, podem ser traduzidas para o português como “caso paradigmático” e “caso líder”, respectivamente. Um caso paradigmático sempre decorrerá de uma causa difícil ou problemático, embora um caso difícil nem sempre se torne um caso paradigmático.

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 89-90.

A noção clássica da doutrina do *stare decisis*, que tem como produto final o precedente judicial, desenvolvida na Inglaterra, berço da *common law* — como visto no capítulo anterior —, parte da premissa de que casos iguais devem ser decididos do mesmo modo. Trata-se da máxima *stare decisis et non quieta movere*¹⁶.

Entende-se, então, que o princípio da igualdade deverá ser observado pelo Estado-Juiz no momento que profere a decisão judicial, nos termos do art. 139, I, do Código de Processo Civil¹⁷, decidindo de forma igual os casos iguais que são submetidos à sua análise e aplicar os precedentes judiciais advindos de julgamentos de casos semelhantes.

A princípio, a independência funcional é uma prerrogativa do magistrado, que o habilita a decidir diferentemente dos demais. Trata-se de uma expressão de um ideal maior, qual seja, o magistrado deve obediência apenas e tão somente à lei.

Em consonância aos ensinamentos de Nelson Nery Júnior¹⁸, a independência do magistrado é corolário do princípio do juiz natural e tem dupla função: manter o juiz a) livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e b) submetido exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores.

Desse modo, hoje, para decidir, o magistrado brasileiro não deve olhar somente para a lei, mas conferir o que a doutrina e jurisprudência tem a dizer sobre ela, especialmente a palavra dos Tribunais de superposição, porque dotados de competência para atribuir o sentido final do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme ensina Rodolfo Mancuso¹⁹, o empréstimo de efeito vinculante ao precedente judicial não altera substancialmente a tarefa do magistrado de interpretar a regra, para que se alcance seu melhor significado, inclusive interessando aferir sobre sua efetiva adequação ao caso concreto.

Em conformidade aos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho²⁰, o espectro de observância dos magistrados foi ampliado, de modo que não estariam mais restritos somente

¹⁶ *Stare decisis*, decorrente do latim "stare decisis et non quieta movere" (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido", utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente e vinculam futuras decisões.

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 dez 2022.

¹⁸ JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 352-353.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 617-618.

à lei: “o juiz está apenas submetido à lei — ou melhor, às fontes de direito constitucionalmente reconhecidas — no exercício da sua função jurisdicional”.

É costumeiro que existam várias interpretações para o mesmo texto legal. Entretanto, se essas várias interpretações são contemporâneas, contraditórias e aplicáveis a casos semelhantes, acaba-se por negar a ideia de segurança jurídica e isonomia.

Nessa perspectiva, a proteção à igualdade e a segurança à sociedade — o que se garante por decisões análogas em casos semelhantes —, têm como objetivo a aplicação das decisões judiciais com coerência e integridade. Desse modo, a independência do magistrado, que representa uma peça no sistema jurídico, cede espaço.

Em conformidade aos ensinamentos de Eduardo Cambi, no artigo intitulado *Jurisprudência Lotérica*²¹, “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

Ainda de acordo com Eduardo Cambi, o patológico fenômeno que chamou de *jurisprudência lotérica*, elimina-se a certeza do direito ocasionando uma possível crise, na medida em que é a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dispõe segurança à sociedade.

No panorama da realidade brasileira, há de se analisar o impacto que a crescente eficácia que vem sendo conferida aos precedentes judiciais tem ocasionado na cultura judicial e como os institutos de comum utilização no direito alienígena de países da *common law* têm sido transplantados ao direito brasileiro.

Na elaboração do precedente, há de se considerar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga de eficácia aos precedentes judiciais, presume uma reestruturação do conteúdo jurídico da regra da motivação — previsto no art. 93, IX da Constituição da República²² e no art. 489, § 1º do Código de Processo de Civil²³ —, que ganha ainda mais relevância nesse cenário.

O art. 489, §§ 1º e 2º do CPC, ao estabelecer parâmetros para se considerar uma decisão judicial (des)motivada, arrematará uma possível inibição do solipsismo, entende-se que o magistrado estará mais fortemente constringido a considerar as disposições constitucionais,

²¹ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001, p. 111.

²² BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dez 2022.

²³ BRASIL, op. cit., nota 17.

legais e os precedentes, tendo que se desincumbir de um qualificado ônus argumentativo²⁴ para não aplicá-los, quando invocados pelas partes.

Por certo, a fundamentação das decisões judiciais, a par de se constituir em requisito de validade do julgado, assume importância curial no tocante à criação do precedente, já que é dela que ele será extraído. Nessa lógica, Câmara²⁵ afirma que:

[...] os órgãos jurisdicionais brasileiros, em todas as instâncias, não examinam os precedentes (ou outros padrões decisórios) adequadamente. O que se quer dizer com isso é que não há, na prática forense brasileira, uma cultura de emprego do precedente como *principium* argumentativo.

Entende-se que a tarefa de identificar essa convergência, contudo, não é nada fácil. Culturalmente, nos tribunais brasileiros, as decisões colegiadas não identificam o *thema decidendum* por questões ou fundamentos, o que torna hercúlea a tarefa posterior do intérprete, seja ele litigante ou julgador, em identificar fundamentos convergentes e extrair a *ratio decidendi* vinculante para casos análogos e futuros²⁶.

Já em relação ao terceiro ponto²⁷, os mesmos moldes acima aportados, trata-se de uma resposta à aplicação mecânica das súmulas. A redação das súmulas é problema combatido com veemência pela doutrina brasileira, tendo em vista que os respectivos enunciados nem sempre externalizam fielmente as circunstâncias fáticas e a solução jurídica dos casos que a originaram²⁸.

Como elucidam Lenio Streck e Georges Abboud²⁹, “não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas”.

Nesse cenário, é de se demonstrar como no Supremo Tribunal Federal isso tem acontecido. Utilizar-se-á, aqui, então, os acórdãos de relatoria dos 3 (três) ministros do STF que mais indicam pronunciamentos colegiados em que se tenha feito referência ao uso de precedentes³⁰.

²⁴ Utiliza-se a expressão ônus argumentativo, por sê-la consagrada na teoria da argumentação, mas aqui, na verdade, tem-se um dever.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018, p. 145.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

²⁷ Exigência da identificação dos fundamentos determinantes dos precedentes que originaram o enunciado da súmula.

²⁸ STRECK, Lenio. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 191.

²⁹ *Id.* *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 61.

³⁰ Pesquisa realizada em 21 de dez de 2022.



Percebe-se que a lógica a ser seguida, seriam técnicas processuais adotadas para melhorar a redação dos julgamentos, momento do qual, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação³¹ (art. 926, § 2º do CPC³²).

Já no inciso VI, § 1º do artigo 489 do CPC³³, o magistrado não poderá deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

3. A TÉCNICA DE DESVINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES: DO *OVERRULING* E OUTRAS PRÁTICAS QUE A TANGENCIAL

A aplicação de precedentes judiciais com eficácia vinculante — *binding effect* — pressupõe que a tese jurídica já se encontre totalmente discutida e consolidada na jurisprudência do tribunal.

Assim, o debate jurídico acerca do *thema decidendum* já deve ter sido exaurido em relação a todos os argumentos deduzidos em contraditório pelos interessados, de modo que a *ratio decidendi* do julgado-paradigma é construída com a participação influente dos destinatários do provimento.

Esse é mais um dos motivos pelos quais não é possível que o dispositivo decisório ou um enunciado sumular tenham força vinculante. Compreende-se que, terceiros estranhos à causa de origem, que não debateram as questões em contraditório, não podem se sujeitar à aplicação obrigatória e vinculativa de determinada ordem jurisdicional.

Ademais, quando está envolvida a formação de precedentes com aptidão persuasiva ou vinculante, é necessário que a participação dialética não se restrinja às partes do processo. Desse modo, a ampliação do contraditório se projeta também para todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham relação com a tese jurídica em debate, seja através da figura do *amicus curiae* ou seja por meio da realização de audiências públicas.

Em decorrência disto, resulta a necessidade de respeito ao contraditório nas técnicas de julgamento de demandas repetitivas. Ainda que o precedente judicial tenha sido devidamente

³¹ Torna-se necessário, portanto, a fim de dar operatividade ao sistema processual, que a aplicação das súmulas seja contextualizada com o art. 489, § 1º, V c/c art. 926, § 2º. Assim, a vinculação não será diretamente do enunciado da súmula, mas dos fundamentos determinantes constantes dos precedentes que a originaram.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

³³ *Ibid.*

fundamentado, é possível que o caso concreto guarde particularidades que impeçam a aplicação da tese jurídica adotada como paradigma.

Por conseguinte, os julgamentos por amostragem ou as decisões monocráticas com base em entendimentos jurisprudenciais dominantes requerem que a parte interessada tenha a possibilidade de demonstrar que a tese jurídica — paradigma — não é aplicável diante das circunstâncias específicas do caso concreto.

Trata-se, aqui, de conjugar a efetividade processual com a garantia fundamental do contraditório, a fim de inserir a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling* em sede de técnicas de julgamento padronizado de demandas repetitivas.

É necessário que se assegure, em toda e qualquer causa sujeita a uma técnica de uniformização decisória que enseje vinculação direta a precedentes judiciais, o direito da parte de utilizar-se do *distinguishing* — o qual é o método de comparação ou de confronto (*distinguish*-método) que resulta na aferição de que o caso concreto em julgamento guarda particularidades que o tornam distinto daquele precedente judicial tomado com paradigma (*distinguish*-resultado).

Nessa perspectiva, verificada a distinção e considerando a dificuldade em se apurar a identidade plena entre as circunstâncias fáticas envolvidas no caso em julgamento e naquele que deu origem ao precedente, caberá ao magistrado, com base em critérios objetivos de julgamento, decidir pela não-vinculação ao precedente.

Com efeito, o magistrado afasta pontualmente o *standard* diante das peculiaridades do caso concreto (*restrictive distinguishing*) ou determina a aplicação do precedente por entender que as especificidades do caso concreto não são suficientes para afastar a tese jurídica aventada na decisão-paradigma (*ampliative distinguishing*).

Há também a possibilidade da superação definitiva do precedente-padrão, o qual, desprovido de aplicabilidade diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, perde força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente³⁴.

Nesse cenário, são utilizados os institutos do *overruling*, quando há abandono total do antigo precedente, e do *overriding*, em que a superação do precedente é apenas parcial. Nesse sentido, não existiriam dúvidas que o Brasil necessita da formação de uma teoria própria dos precedentes judiciais, para que seja possível obter um mínimo de racionalidade e coerência na formação, interpretação e aplicação das decisões judiciais, especialmente as de caráter vinculante.

³⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 248-249.

Nessa perspectiva, em face do aumento da influência de institutos da *common law* no ordenamento jurídico nacional, buscou-se demonstrar o quão é necessário sistematizar, em termos legislativos, uma teoria brasileira dos precedentes judiciais.

Compreende-se, aqui, então, como o precedente pode vincular, a força dessa vinculação, e os custos que tal vinculação ao impor uma estratégia de subotimização. Duas perguntas relevantes poderiam ser: por que um mecanismo decisório deveria incorporar limitações substanciais a precedentes em seu âmago? Por que uma decisão no “caso 1” deveria vincular um tomador de decisão no “caso 2” e ser ele mesmo vinculado pelo conhecimento desse impacto secundário?

Dentre as justificativas mais comuns para tratar precedentes como relevantes, está o argumento sobre equidade, por vezes tratado como um argumento de justiça. O argumento é comumente expresso em termos de uma estrutura simples, “tratar casos iguais igualmente”.

Nesse sentido, falhar em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário, e conseqüentemente injusto. A equidade é alcançada por regras decisórias destinadas para assegurar a coerência dentre uma série de decisões.

Assim, quando a coerência também está entre os indivíduos simultaneamente, expressa-se esta regra decisória como “igualdade”. Desse modo, no momento que a coerência entre decisões ocorre através do tempo, chama-se essa regra de decisão de “precedente”. Igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência.

Aplica-se este amplo princípio da equidade mais especificadamente como uma potencial justificativa para adotar um procedimento de decisão na qual o precedente seja relevante? Inicialmente, o princípio de que casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente pareceria estabelecer um argumento indiscutível para os precedentes.

Entretanto, a dificuldade em negar que casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente é precisamente o problema. A declaração é tão abrangente que chega a ser quase inexpressiva.

Nessa lógica, o problema não seria a questão estéril de tratar casos semelhantes semelhantemente. É, em vez disso, a questão mais complicada em que deve-se basear a norma decisória em categorias relativamente abrangentes de semelhança, ou por contraste, é deixar o julgador de certo modo livre para considerar qualquer meio possível no qual este conjunto particular de eventos possa ser único.

Ademais, a restrição puramente formal de tratar casos semelhantes semelhantemente não se relaciona com essa questão. Embora a primeira destas alternativas descreva um sistema



de precedentes, a segunda descreve um sistema no qual a restrição do precedente é, em termos práticos, ausente.

Por si só, desse modo, o argumento acerca da equidade, a prescrição de tratar casos semelhantes semelhantemente, não colabora a escolher entre sistemas de decisão com uma forte restrição por precedentes e um sem virtualmente qualquer restrição de precedentes. Se o foco for encontrar argumentos abordando diretamente a questão dos precedentes, deve-se olhar para razões substanciais para escolher categorias de decisão maiores no lugar das menores.

Quando a pergunta é formulada dessa maneira, a força do argumento da previsibilidade, mesmo que persuasiva em abstrato, irá depender de numerosos fatores cujo peso não pode ser generalizado sobre todas as esferas de decisão. Por exemplo, com que frequência o uso de grandes generalizações impedirá a tomada de decisões com base somente em fatos únicos que seriam dispositivos em um caso em particular?

Responder a essa pergunta requer adentrar numa grande gama de fatores relacionados com todos os tipos de decisões que serão tomadas em uma dada esfera de decisão. Esses fatores podem incluir o tamanho das categorias relevantes, a probabilidade de fatores significativos de variação, e muitos outros que podem variar de acordo com o ambiente.

Assim sendo, o valor da previsibilidade é realmente uma questão de balancear o ganho esperado com o a perda esperada. Nessa lógica, pergunta-se quão importante é a previsibilidade para aqueles afetados pelas decisões, e depois pergunta-se se o grau de previsibilidade vale o preço da frequência de resultados abaixo do ideal multiplicado pelo custo desses resultados. Entretanto, não existe uma “melhor resposta” para esta pergunta, pois a resposta irá variar de acordo com o tipo de decisão que se espera que o julgador faça.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foram inseridos os precedentes vinculantes obrigatórios, por meio do artigo 927, a fim de tornar o sistema jurídico brasileiro, mais célere, seguro e igualitário.

Verificou-se então, que esse novo sistema possui grande semelhança com o instituto do common *law*, fundamentando-se em precedentes jurisprudenciais conforme as decisões das Cortes Superiores.

Uma vez que, essas decisões são tomadas, a partir da interpretação das leis, de casos análogos e das circunstâncias fáticas das questões jurídicas, buscando-se assim, a *ratio*

decidendi, que justifica a decisão final proferida ao caso concreto, juntamente com o argumento jurídico secundário obter *dictum*, que formam o precedente judicial.

Diante disso, cabe ao Poder Judiciário realizar a manutenção quanto à revogação, distinção e a superação dos precedentes, visto que, esses devem ser viabilizados de acordo com mudanças e demandas futuras, havendo para isso os institutos da *distinguishing* e *overruling*. Assim, verificou-se, que apesar do CPC instituir a vinculação obrigatória dos precedentes, também trouxe métodos para que esses não imobilizassem o ordenamento jurídico.

Por fim, conclui-se que a inserção dos precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro, se aplicado da forma correta, conforme institui o Código de Processo Civil, e respeitando as normas constitucionais exaltarão o Estado Democrático de Direito, garantindo aos jurisdicionados o devido processo legal, a isonomia quanto às demandas idênticas, e a possibilidade de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 dez 2022.

_____. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dez 2022.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Coleção novo CPC: procedimento comum*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRECO, Leonardo. *Paradigmas da justiça contemporânea e acesso à justiça*. Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/197/196>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.