

TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EFICÁCIA PARA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Déborah Caron*

Sumário: 1 Introdução; 2 Os sistemas *civil law* e *common law*; 3 Conceito e fundamento dos precedentes judiciais; 4 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*; 5 Técnicas de aplicação e superação de precedentes; 6 Os precedentes judiciais no Brasil; 7 A teoria do precedente no novo CPC; 8 Conclusão.

Resumo: O presente estudo refere-se à Teoria dos Precedentes Judiciais, demonstrando sua utilização e efeitos no Brasil. Inicia-se a pesquisa pela diferenciação dos sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law*. Após, conceito e técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais. E a partir disso, apresenta-se a utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Observando também as reformas sofridas pelo Código de Processo Civil visando aplicabilidade dos precedentes judiciais na atual conjuntura brasileira. Por fim, ante tal realidade, busca-se, no presente artigo, desenvolver um estudo demonstrando a importância dos precedentes judiciais para garantia da segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedente judicial. Código de Processo Civil. Eficácia do precedente. Segurança jurídica.

* Advogada. Pós Graduada em Direito Processual Civil. Email: deborahcaron3@hotmail.com

1 Introdução

O estudo presente visa tratar sobre a Teoria dos Precedentes Judiciais e analisar sua eficácia a fim de garantir a segurança jurídica.

O sistema jurídico adotado no Brasil é o chamado *Civil Law*, nesse sistema a fonte primária do direito é a lei. Todavia em outros países adota-se o sistema do *Common Law*, no qual segue um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência.

A teoria dos precedentes judiciais foi desenvolvida a partir do sistema do *Common Law*. Essa teoria afirma que os precedentes normativos devem ser usados em casos semelhantes, garantindo, assim, previsibilidade do direito.

O Brasil adota o sistema de *Civil Law*, por isso não existe dever de que o Poder Judiciário, como intérprete da lei, deva dar tratamento uniforme em processos diferentes, onde se discutem as mesmas questões. Nesse sistema os precedentes apenas orientam. Todavia, no sistema brasileiro vem ocorrendo mudanças e a Teoria dos Precedentes vem ganhando mais destaque nesse sistema.

Por conta dessa influência, o presente trabalho visa abordar alguns conceitos básicos inerentes à teoria dos precedentes judiciais, como a própria noção de precedente, jurisprudência, súmula, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Ao adotar a Teoria dos Precedentes os juízes e tribunais devem seguir a *ratio decidendi*, que significa a razão de decidir dos precedentes. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.

Todavia o *Obiter dictum* não vira precedente, refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, pois o precedente somente engloba a *ratio decidendi*, contudo, o *obiter dictum* não pode ser desprezado, pois pode representar uma futura orientação do tribunal.

No sistema de precedentes vinculantes, como é o caso do *Common Law*, existem técnicas de aplicação e superação de precedentes que permitem, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu natural desenvolvimento. As duas principais técnicas são o *distinguishing* e o *overruling*.

Um *distinguishing*, que ocorre quando o caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal.

O *overruling* é uma forma de superação, ou seja, revogação de precedentes que ocorre tanto no plano horizontal, quando o órgão revoga seu próprio precedente, quanto no plano vertical quando o tribunal superior revoga um precedente de um inferior hierárquico.

Diante da atual conjuntura no ordenamento jurídico brasileiro percebe-se uma nítida mudança, abandonando um pouco as clássicas premissas do sistema da *Civil Law*, rendendo-se às influências da teoria do *stare decisis*.

Ocorre atualmente uma transição no sistema do *Civil Law* para um sistema de forma híbrida. Essa transição vem ocorrendo pelo fato de que a teoria dos precedentes garante uma segurança jurídica.

Diante disso, o presente trabalho pretende demonstrar que, o uso de precedentes com eficácia vinculante parece ser a melhor forma de desafogar o sistema jurídico brasileiro dos milhares de processos existentes, considerando que muitos são iguais, com a finalidade de trazer isonomia, certeza e previsibilidade aos jurisdicionados, procurando acabar com as injustiças e com a falta de segurança jurídica vividas atualmente.

2 Os sistemas *civil law* e *common law*

Os principais sistemas jurídicos vigentes hoje no mundo são o sistema de *Civil Law* e o sistema de *Common Law*. Esses sistemas possuem diferenças significativas. Enquanto o sistema de *Common Law* possui a tradição da linguagem oral, o sistema de *Civil Law* caracteriza-se pelo imperativo da escrita.

O Sistema de *Common Law* também é chamado de Sistema Anglo-Saxão pelo fato de ser uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra. Nesse sistema, o direito se baseia mais na jurisprudência, trata-se de um conjunto de interpretações das normas do direito proferidas pelo Poder Judiciário. Nesse sistema também existe a lei, porém o caso é analisado principalmente de acordo com outros casos semelhantes.

No referido sistema quando as partes discordam quanto o direito aplicável, o tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o

raciocínio usado naquela decisão anterior, aplicando assim o princípio conhecido como *stare decisis*.

Tal princípio ocorre quando uma decisão é usada para outros casos idênticos, nesse caso, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros.

Todavia, na prática, o sistema de *common law* é consideravelmente mais complexo do que o funcionamento descrito acima. Dessa forma, as decisões de um tribunal são vinculantes apenas numa jurisdição em particular e, mesmo dentro de uma certa jurisdição, alguns tribunais detêm mais poderes do que outros. Por exemplo, na maior parte das jurisdições, as decisões de um tribunal de recursos são obrigatórias para os juízos inferiores daquela jurisdição e para as futuras decisões do próprio tribunal de recursos, mas as decisões dos juízos inferiores são apenas "persuasivas", não vinculantes.

Importante observar que a interação entre o *Common Law*, o direito constitucional, o direito legislado e os regulamentos administrativos causam considerável complexidade. Contudo, o *stare decisis*, o princípio de que os casos semelhantes devem ser decididos conforme as mesmas regras, está no cerne de todo o sistema de *Common Law*.

No princípio, o *Common Law*, era um direito cuja fonte primária eram os costumes e a tradição, daí ter sido denominado de “direito comum”, os quais eram então aplicados nos tribunais, transformando-se, então, em precedentes. Com o tempo, tais precedentes foram se transformando em jurisprudência, fortalecendo-se desse modo e impulsionando o sistema jurídico.

No Brasil, o sistema jurídico adotado é o chamado de *Civil Law* ou de Sistema Romano Germânico, e sua principal fonte do Direito é a Lei. Assim, usa-se o texto seguindo a vontade do legislador. Essa é a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil.

Tal caracterização é corroborada por Miguel Reale (2002, p 141 et seq) ao falar sobre a tradição romanística:

[...] caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*Civil Law*) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

Importante observar que a o sistema adotado pelo Brasil apresenta competências distintas quanto ao momento de julgar e legislar. Enquanto que no sistema de *Common Law* o momento de julgar e de legislar são simultâneos.

O ordenamento romano-germânico é reconhecido principalmente pela forma como privilegia como fonte primária do direito a lei, em prejuízo da jurisprudência e dos costumes que figuram como fontes secundárias do direito.

No Brasil, para decidir deve-se recorrer à legislação, porém essa lei pode ter várias interpretações, nesse caso é possível se recorrer à jurisprudência.

De acordo com os sistemas apresentados, importante comparar a Constituição Norte Americana com a Constituição Brasileira, entre as duas cartas há algumas diferenças. Isso se dá devido a diferença de extensão entre as duas e a semelhança entre alguns institutos. Enquanto a lei suprema brasileira é composta de várias páginas, artigos, parágrafos e incisos, a Constituição norte-americana não possui essa característica. Na verdade, ela é sucinta sendo composta por sete artigos, além de vinte e sete emendas, cada qual com suas devidas seções. Outro fato importante a ser ressaltado é que a Constituição dos Estados Unidos foi promulgada no ano de 1787, sofrendo poucas modificações desde então. Diferentemente da carta magna brasileira, que há pouco completara 25 anos de existência.

Diante disso, percebe-se a grande diferença entre esses sistemas jurídicos. E conclui-se que atualmente as mudanças ocorridas no sistema brasileiro se dá principalmente com influência do sistema de *Common Law*.

3 Conceito e fundamento dos precedentes judiciais

O Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Mauro Viveiros (2009) afirma que, ao considerar o conceito de precedente judicial de forma ampla e genérica pode ser definido como uma decisão judicial que servirá como parâmetro nos posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação ao futuro.

Dessa forma, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos idênticos.

Isto posto, Tucci (2004, p. 12-13) explica o fundamento da Teoria dos Precedentes Judiciais:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.

O precedente judicial, por este conceito, é contemplado por todos os sistemas jurídicos, sendo que os seus atributos e a sua eficácia é que vão variar a depender dos contornos que lhe serão atribuídos.

Tal qual explica Marcelo Alves Dias de Souza (2008), as qualidades extrínsecas do precedente são as mesmas em qualquer sistema, a função a ele atribuída é que varia, podendo ter força obrigatória ou meramente persuasiva, quando possuirá um caráter secundário em relação às normas legisladas.

No sistema do *Common Law*, cuja fonte primordial do direito é a jurisprudência, o precedente judicial é elemento fundamental, possuindo, via de regra, força vinculante.

Conforme esclarece Tucci, nos países adeptos no sistema de *Common Law* segue-se a teoria do *stare decisis*, da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

A teoria do *stare decisis* possui duas características básicas: a força obrigatória atribuída aos precedentes, e a idéia de hierarquia funcional que rege a aplicabilidade dos precedentes.

A obrigatoriedade do precedente judicial se dará não só em relação ao caso em análise, como também em relação a futuros casos análogos a serem julgados pelo tribunal bem como os órgãos a este inferiores, o que José Rogério Cruz e Tucci (2004) denomina respectivamente de eficácia interna e externa. Esta vinculação de acordo com a posição hierárquica do órgão é conhecida também como vinculação vertical.

Pela ótica do *stare decisis*, o precedente judicial, ou seja, a decisão anteriormente prolatada, possui força vinculante obrigatória, constituindo o que se chama de *binding*

precedente. Uma vez firmado entendimento judicial sobre determinada matéria, o mesmo deve ser obrigatoriamente observado, de forma que os juízes estarão a ele vinculados.

Tucci (2004) faz uma observação importante quando afirma que o precedente vincula as próximas decisões, como vê a seguir:

Essa sistemática hierárquica da vinculação do precedente influi no estilo do julgamento caracterizado pela “auto-referência” jurisprudencial, devendo a fundamentação de uma decisão fazer expressa alusão à decisão precedente do próprio órgão ou de tribunal superior.

Dessa forma, quando um juiz proclama uma decisão, se houver precedentes, esses se vinculam de forma obrigatória. Assim, o juiz deverá utilizá-los para fundamentar sua decisão.

4 *Ratio decidendi e obiter dictum*

Precedente é uma norma construída pela jurisdição a partir de um caso concreto que pode se aplicar a casos futuros. Tal norma se encontra na fundamentação da decisão, tendo um nome técnico: *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* trata-se da norma geral do caso concreto que sustenta a decisão judicial, é, pois, a razão de decidir. Dessa forma a Súmula é o texto da *ratio decidendi*.

Inicialmente é importante observar que o juiz no momento de proferir sua decisão cria necessariamente duas normas jurídicas.

Segundo Marinoni (2011), as normas jurídicas criadas são: uma norma jurídica de caráter individual que representa a decisão para o caso concreto e outra norma de caráter geral, ou seja, trata-se de uma norma jurídica contida na fundamentação do julgado, criada para justificar a sua decisão.

Aquela norma jurídica, de caráter geral, criada pelo magistrado e constante da fundamentação do julgado, que consubstancia a tese jurídica a ser adotada em determinado caso, é justamente a *ratio decidendi*.

Didier leciona que “a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída”.

Para esclarecer melhor sobre o conceito de *ratio decidendi*, importante observar o seguinte exemplo de Didier (2009, p. 386):

O art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência. Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*.

Ao lado da *ratio decidendi*, o precedente judicial também é composto por considerações periféricas, desprovidas de força vinculante para julgamentos posteriores, chamadas de *obter dictum* que são os “argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”.

O *obter dictum*, a seu turno, é tudo aquilo que está na fundamentação da decisão e que não é a *ratio decidendi*. É o que está na fundamentação e que lá foi colocado de passagem (lateralmente). É um comentário que se faz e que poderia não ter existido. Constitui um trecho que poderia ser retirado da decisão sem comprometê-la. O fato de ser um comentário desnecessário, contudo, não faz com que o *obter dictum* seja inútil: ele pode, por exemplo, funcionar como um instrumento de *signaling* (instrumento que o Tribunal utiliza para sinalizar seu posicionamento em outro caso). Ele pode, também, ajudar na elaboração de um recurso (um exemplo é o voto vencido: ele não sustenta a decisão).

Insta salientar que nenhum dos efeitos do precedente se aplica àquilo que foi dito de passagem, assim conclui-se que *obter dictum* não gera Súmula.

Conforme pode observar no entendimento de Didier (2009, p. 387-388), o *obiter dictum* não pode ser desprezado, possuindo certa importância na decisão:

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.

O *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo.

Didier cita um exemplo prático previsto no Art. 475-J do CPC, este estabelece uma multa para o caso de não cumprimento de uma sentença. Todavia tal multa é polêmica, e uma das questões está em torno dessa multa é como se conta o prazo para cumprir a decisão.

Diante dessa dúvida, em 2007, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu uma decisão sobre o caso dizendo que o prazo para cumprir a sentença contava-se do trânsito em julgado. Com essa decisão o STJ criou uma *ratio decidendi*.

Porém o Ministro do STJ, ao proferir o acórdão disse que o prazo conta-se do trânsito em julgado e se o advogado não comunicar ao seu cliente o trânsito em julgado, quem arcará com a multa será o advogado. Com esse comentário do Ministro ele criou um *obiter dictum*, pois não era isso que se discutia na decisão, a discussão dizia respeito a partir de quando se aplicava a multa.

Deste modo, não há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o advogado responde pela multa, isso não é precedente, e sim *obiter dictum*, pois foge da fundamentação.

Estabelecido, portanto, o precedente como uma decisão judicial cuja *ratio decidendi* pode ser utilizada em julgamento de casos futuros, cumpre distingui-lo de jurisprudência e súmula, ainda que se trate de noções umbilicalmente ligadas.

Um precedente judicial, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, assim, apresenta-se como o conjunto de julgados harmônicos entre si, fruto da reiterada e constante interpretação e aplicação da lei num determinado sentido.

Por sua vez, se a jurisprudência – conjunto de precedentes – passa a ser dominante num determinado tribunal, esta corte pode, de acordo com as regras regimentais, editar uma *súmula*. A súmula, desta forma, é um enunciado normativo, enumerado e publicado por

um dado tribunal, que retrata o seu posicionamento predominante acerca de um determinado tema, pois extraído da *ratio decidendi* de casos anteriormente julgados.

Portanto, ao contrário da *obiter dictum*, que não serve como precedente, a *ratio decidendi* quando utilizada por diversas vezes em um tribunal, pode ser transformada em súmula.

5 Técnica de aplicação e superação de precedente

Nos sistemas de precedentes vinculantes, existem técnicas de aplicação e superação de precedentes que permitem, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu natural desenvolvimento. As duas principais técnicas são o *distinguishing* e o *overruling*.

De acordo com o que já foi citado anteriormente, o precedente se aplica a casos futuros. Dessa forma faz-se necessário analisar se o precedente anterior se aplica ou não ao caso, examinando o contexto fático de onde surgiu o precedente e verificar em que medida o caso atual se assemelha ao caso que gerou o precedente.

É necessário confrontar o caso atual e o caso que gerou o precedente. Se os casos forem semelhantes, o precedente se aplica; se não forem semelhantes, não se aplica. Esse confronto (comparação) se chama “*distinguishing*”. E tal instituto é absolutamente indispensável na aplicação dos precedentes. A aplicação dos precedentes não é automática; é necessário verificar em que medida o caso atual comporta o precedente anterior.

Importante observar que o juiz, ao aplicar a súmula vinculante, é obrigado a fazer o *distinguishing*, pois é necessário verificar se o caso que está sob sua jurisdição é ou não caso de aplicação da Súmula. Ele só não pode discutir a Súmula, mas tem sim que fazer essa análise. Por mais célebre que seja o precedente, sempre haverá *distinguishing*.

Além da técnica de aplicação também existe a técnica de superação do precedente, chamada de *overruling*, é uma forma de superação, ou seja, revogação de precedentes que ocorre tanto no plano horizontal (órgão revoga seu próprio precedente) como também no plano vertical (tribunal superior revogando um precedente de um inferior hierárquico).

Essa superação do precedente judicial pode ocorrer com eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), quando o jurisdicionado é julgado com base na regra nova, mesmo que inexistente no momento do fato que deu ensejo à demanda, ou com eficácia *ex*

nunc (*prospective overruling*), quando a nova orientação do valerá da data da decisão em diante.

Pelo entendimento do professor Fredie Didier, “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”.

Trata-se de método em que os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente.

De acordo com o entendimento de Ataíde Junior (2012), para haver revogação de um precedente faz-se necessário observar dois requisitos, quais sejam, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (2011) haverá a perda da congruência social quando um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada a partir do consenso geral da comunidade, as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona.

De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Quando há uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou.

Insta salientar que pelo o entendimento de Ataíde Junior (2012), para ocorrer a revogação de um precedente é necessário justificação por séria argumentação, uma vez que pode causar perda da estabilidade, confiança e redução na possibilidade de previsão.

No ordenamento jurídico brasileiro o artigo 103-A, § 2º da Constituição Federal, é um exemplo de técnica de superação de precedentes, pois prevê o processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes.

Destarte as técnicas de aplicação e superação dos precedentes são imprescindíveis, pois orientam o juiz para observar se é possível a aplicação para determinado caso e também observar se o precedente se encontra em decadência, necessitando assim de substituição, devido a mudança de posicionamento.

6 Os precedentes judiciais no Brasil

Os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro não possuem a mesma importância que no sistema de *Common Law*, todavia, são importantes para orientar as futuras decisões.

Para o professor Haroldo Lourenço (2011) no ordenamento jurídico brasileiro o precedente pode produzir três efeitos.

O primeiro efeito é chamado de efeito mínimo do precedente ou efeito persuasivo do precedente. Esse efeito significa que todo precedente pode ser utilizado como argumento, como reforço de argumentação. Essa força persuasiva será maior ou menor dependendo da origem do precedente e da qualidade.

Para o Procurador da República Marcelo Alves Dias Souza (2008), a regra no Brasil é a utilização de precedente persuasivo. Este tipo de precedente se caracteriza pelo fato de o juiz não estar obrigado a segui-lo, de forma que, se o seguir, é porque está convencido da sua correção.

Apesar da regra de utilização dos precedentes não vincular, o procurador enumera alguns fatores para que eles tenham autoridade, quais sejam:

Os precedentes persuasivos para que tenha autoridade dependem de vários outros fatores como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a qualidade da fundamentação e etc.

Outro efeito que alguns precedentes possuem é o efeito de impedir meio de impugnação da decisão que se baseia nele. Uma vez adotado esses precedentes, eles impedem recurso para impugnar a decisão que o adote. É o que acontece nos precedentes consolidados em Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, que impedem recurso para discutir as decisões que nele se baseiam.

Por fim, existem os precedentes com efeitos vinculantes ou vinculativos, esses são precedentes que devem ser observados e devem ser seguidos. No Brasil, um exemplo de precedentes vinculativos são as súmulas vinculantes.

Diante dos efeitos apresentados importante observar acerca da eficácia que o precedente possui no ordenamento pátrio, e buscar a resposta da seguinte questão: na atual conjuntura do ordenamento jurídico pátrio, o precedente possui força vinculante tal qual as leis?

O problema é que, no Brasil, os precedentes não vêm sequer sendo tidos como persuasivos. Isto porque os juízes e tribunais, muitas vezes, não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores (eficácia vertical) e também não levam em consideração os precedentes demonstrados pelos advogados.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2011), situação ainda pior ocorre quando o juiz ou tribunal não respeita as suas próprias decisões (eficácia horizontal) ocasionando, dessa forma, o tratamento desigual a casos similares.

Para Vinícius Estefanelli Ramos (2013) o sistema de *civil law*, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, vem apresentando cada vez mais características do sistema de *common law*, dessa forma tornando-se um sistema híbrido:

Alguns institutos utilizados no sistema jurídico brasileiro atual possuem eficácia obrigatória (vinculante) como é o caso, por exemplo, da decisão do STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da questão da repercussão geral no recurso extraordinário, das súmulas vinculantes, entre outros. Tal fato demonstra que os sistemas não são mais puros e que estão se tornando híbridos, de forma que o *civil law* tem adotado institutos com características do *common law* e vice-versa.

Na doutrina brasileira há quem concorde e quem seja contra a utilização dos precedentes judiciais. Para os que não concordam, são utilizados dois argumentos contrários.

O engessamento do direito é o primeiro argumento, uma vez que estabelecerá um padrão e por isso não seria possível a evolução do direito. Por isso, para quem é contra a utilização dos precedentes eles deveriam ser usados apenas para orientar.

Quem é contra sustenta também que se criar a regra de precedentes judiciais atentaria contra a independência funcional dos magistrados, dessa forma, tiraria a liberdade de resolver o caso de acordo com seu sentimento.

Para quem defende esse argumento afirma que o juiz não tem sua independência funcional afrontada quando ele tem que respeitar a lei, apenas quando ele tem que respeitar um precedente.

Esses argumentos desfavoráveis não prosperam, tendo em vista que o direito não será engessado pelo precedente, porque os precedentes não são eternos, eles admitem alteração. Quanto ao outro argumento o precedente é garantia do jurisdicionado, assim a independência funcional deve ter o viés de proteger o jurisdicionado.

Em contrapartida apresentam-se os argumentos favoráveis, quais sejam:

Ao utilizar um precedente o magistrado está dando um tratamento igualitário para casos iguais, com isso garante a previsibilidade e segurança jurídica. Se um mesmo dispositivo legal recebe diferentes interpretações o jurisdicionado não tem segurança jurídica. Todavia, quando um padrão é estabelecido o jurisdicionado sabe que deve pautar o seu comportamento ali.

Outro argumento é a agilidade na prestação jurisdicional. Celeridade no julgamento dos casos seguintes. O magistrado não vai precisar desenvolver longos argumentos, basta extrair do precedente suas teses e adequar ao caso concreto. Gerando assim um aumento da confiança do trabalho dos magistrados por parte do jurisdicionado.

Tal mudança se faz necessária uma vez que a ideologia sustentada pelo *Civil Law*, de que só se teria segurança jurídica se a lei fosse estritamente aplicada, caiu por terra. Isto ocorreu, principalmente, porque se percebeu que a mesma lei era interpretada de diversas formas e também que os juízes, rotineiramente, decidiam de diferentes maneiras os “casos iguais”. Dessa forma, a estrita subordinação do juiz à lei não era mais suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica almejadas.

Insta salientar que não respeitar precedentes importa na multiplicação de processos e de recursos, trazendo aos jurisdicionado insegurança jurídica. Nos dizeres de Eduardo Cambi (2001, p. 111), observa-se seu posicionamento favorável a utilização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro:

As litigâncias repetitivas e os inúmeros casos de decisões díspares proferidas para casos semelhantes levaram à necessidade de se adaptar as regras processuais a essa realidade e adotar mecanismos eficientes a fim de combater a “jurisprudência lotérica”.

Isto posto, conclui-se que as reformas pontuais do Código de Processo Civil e a progressiva inserção do precedente no Ordenamento Jurídico Brasileiro fazem parte de todo

um contexto social que busca uma justiça mais igualitária, segura, célere e eficaz, ante a crescente multiplicação das demandas repetitivas.

7 A teoria do precedente no novo CPC

Na atual conjuntura brasileira há uma ideia muito forte de “jurisprudência lotérica” pelo fato de que uma mesma questão jurídica pode ser julgada de várias maneiras diferentes. Dessa forma é necessário que a parte tenha sorte para que sua causa seja distribuída para um juiz que tenha entendimento favorável da matéria a ser discutida.

No entanto, não se pode admitir que duas pessoas que entrem com uma ação no judiciário pleiteando a mesma coisa e estejam na mesma situação tenha solução para seu litígio de forma diferente.

O artigo 5º da Constituição Federal prevê em seu caput o princípio da isonomia. E a situação jurídica acima descrita configura uma afronta a esse princípio, pois não respeita a segurança jurídica, um princípio imprescindível.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Essa aplicação isonômica da lei, por sua vez, está ligada ao princípio da legalidade, pois para que a supremacia da lei vigore imperioso que esta preeminência seja observada também no momento de sua aplicação. Permitir que em situações jurídicas idênticas a lei seja aplicada de modo díspare é quebrar a própria idéia de supremacia legal.

Continuar com este sistema marcado por tratamentos diferenciados para situações jurídicas análogas é quebrar toda consistência e unidade do ordenamento, e negar o seu próprio fundamento primordial consagrado no princípio da legalidade.

Tereza Arruda Alvim Wambier (1997, p. 150) também defende a aplicação dos precedentes no Brasil, devido a sua importância na garantia da segurança jurídica: “Trata-se de uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa do sistema contra a arbitrariedade”

Ante tal momento é que a busca pela uniformização da jurisprudência se torna uma realidade nos dias atuais. Essa é a tendência que o ordenamento jurídico tem seguido, como ocorreu, a título de exemplo, com a edição Resolução n. 12/2009 do Superior Tribunal de Justiça que permitiu a utilização de reclamação constitucional nos Juizados Especiais em hipóteses de divergência jurisprudencial, com base no Artigo 105, inciso I, alínea f da Constituição da República.

A finalidade almejada com essas progressivas reformas legislativas que contemplam a figura do precedente judicial é prestigiar os princípios da isonomia, legalidade e segurança jurídica, essa é a *ratio legis* que devemos ter em mente ao interpretar os Artigo 518, § 1º e Artigo 557 do Código de Processo Civil como verdadeiras hipóteses de jurisprudência vinculante. Caso contrário, em considerando ser uma mera faculdade atribuída ao judiciário, é fazer dos princípios postos meros textos de lei e tornar infundada a idéia supremacia legal.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, seguindo a evolução doutrinária e legislativa sobre o tema, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Essa proposta, inclusive, é explícita, como se extrai da Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado de nº 166/10, afirmando buscar a conformação da legislação com a Constituição, fazendo uma “*verdadeira sintonia fina*”, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório. A seguir apresenta-se um trecho:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas de sua conduta.

Assim, o livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, contudo, não pode permitir distorções do princípio da legalidade e à própria idéia de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

A segurança jurídica e a celeridade nos julgamentos de processos estão entre as principais demandas a serem atendidas pelo Novo Código de Processo Civil, que reforma o Código de Processo Civil de 1973. O texto busca dar uniformidade de decisões a processos semelhantes e criar instrumentos que facilitem a resolução de demandas repetitivas, isto é, que permitam o reconhecimento de precedentes de ações judiciais.

O sítio JusBrasil (2013) noticiou que a principal mudança no projeto de Novo Código de Processo Civil é justamente a inserção do precedente judicial, dessa forma apresenta a opinião de vários doutrinadores e juristas sobre o assunto, como se observa a seguir com a opinião de Fredie Didier Jr. que é um dos responsáveis pela redação do novo Código de Processo Civil e diz que:

O pilar do código é regular o sistema de respeito aos precedentes judiciais. “Vai ser nosso primeiro regramento da história sobre o que é um precedente, quais são seus efeitos, quem se vincula a ele, como se interpreta, além de regular o direito a demonstrar que um caso não se encaixa no precedente.”

A mudança deve ajudar a diminuir o tempo do processo, acelerando decisões dos magistrados sobre temas e processos semelhantes. Afinal o que se busca é a estabilidade.

Para Fredie Didier a segurança jurídica é importante, pois ela é elementar dentro do ramo do Direito. Dessa forma, a função das regras é evitar arbitrariedades. “Isso dá segurança jurídica. Pessoas em situações iguais são tratadas da mesma maneira”.

No entendimento do advogado Diógenes Gonçalves Neto, a mudança vai alterar a cultura de recursos na Justiça brasileira. “A proporção de processos no Brasil é a maior do mundo, em um cenário cuja única certeza é a de decisões díspares e soluções diferentes em casos semelhantes.”

Na mesma linha de raciocínio, a opinião de Leonardo Roscoe Bessa, promotor de justiça, afirma que o grande objetivo da reforma do Código de Processo Civil é “desafogar” o Judiciário.

Por isso, com a utilização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro haverá segurança jurídica, dessa forma a intenção é ocorrerem julgamentos repetitivos para matérias repetitivas, tendo em vista que atualmente há muita disparidade nas decisões dos juízes, diante de casos semelhantes.

Diante do exposto, existe um fato que precisa ser considerado: o Poder Judiciário brasileiro não está suportando a quantidade de demandas. Hoje, ao levar uma ação ao Judiciário, sabe-se como se inicia, mas é desconhecido como e quando ela acabará. Por isso, é fundamental respeitar os precedentes, a fim de garantir a tão almejada segurança jurídica.

8 Conclusão

Diante de todo o exposto, procurou-se demonstrar de forma sucinta as diretrizes básicas da teoria dos precedentes judiciais.

Observa-se que mesmo diante da nossa tradição de *Civil Law*, parcela significativa da doutrina tem cada vez mais sinalizado favoravelmente à adoção de técnicas de respeito aos precedentes judiciais, em especial como forma de garantir isonomia na aplicação da lei.

Atualmente o sistema jurídico brasileiro se encontra em crise, isso está ocorrendo devido ao excesso de recursos aos tribunais superiores e a sorte dos jurisdicionados está relacionada ao juiz que irá julgar o caso. Isso ocorre devido as possibilidade de diversas decisões sobre a mesma regra jurídica.

O Judiciário do *Civil Law*, preso à tradicional não vinculação dos precedentes, acaba por não se submeter ao princípio da igualdade no momento de decidir, na medida em que, diante de dada situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta semelhante à primeira, chega a solução distinta.

Visando evitar tais situações, necessário a observância do princípio da igualdade perante as decisões judiciais, ideal que apenas se alcançará com relativo respeito ao precedente, que deve ser visto como baliza para solução de casos futuros.

Por causa disso observa-se uma transição do sistema jurídico brasileiro tornando-se uma forma híbrida.

Atualmente ocorre uma aproximação do sistema brasileiro com o sistema *Common Law*, pois tem ocorrido um processo de valorização da jurisprudência como fonte do direito.

Conclui-se que a utilização dos precedentes é fundamental para garantia da segurança jurídica e para o tratamento igualitário dos jurisdicionados, já que impede que uma mesma questão jurídica seja julgada diferentemente, com posições antagônicas, por órgãos distintos.

Theory of legal precedent and its effectiveness of legal warranty for safety

Abstract: The present study refers to the Theory of Judicial Precedent, demonstrating its use and effects in Brazil. The search begins differentiating Civil Law and Common Law. Thus, it is presented the concept and application techniques and overcoming of judicial precedents. It will also be presented the use of judicial precedents in Brazilian law. Also noticing the reforms suffered by the Code of Civil Procedure seeking applicability of judicial precedent in the Brazilian current situation. Finally, at such reality, this paper seeks to develop a study demonstrating the importance of judicial precedents to guarantee legal certainty.

Keywords: Judicial precedent. Code of Civil Procedure. Effectiveness of precedente. Legal security.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO. **Reconhecimento de precedente judicial é principal mudança do Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/100372821/reconhecimento-de-precedente-judicial-e-principal-mudanca-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 20 out. 2013.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 2.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 15 out. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 22 out. 2013

SILVA NETO, Oldack Alves da. **Conceitos básicos inerentes à teoria dos precedentes judiciais**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conceitos-basicos-inerentes-a-teoria-dos-precedentes-judiciais,44054.html>>. Acesso em: 15 out. 2013.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, ano 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. **RePro**, São Paulo, RT, v. 22, n. 86, p. 148-157, abr./jun. 1997.

□ Recebido: março/2014. Aprovado: maio/2014.