

PRECEDENTE VINCULANTE COMO FONTE DO DIREITO

JUDICIAL PRECEDENTE AS SOURCE OF LAW

Cleber Martins Sales¹

Márcio Evangelista Ferreira da Silva²

33

Resumo

O presente trabalho aborda a figura do precedente judicial, investigando inicialmente se se trata de fonte primária do direito. Tem por objetivo geral identificar se, de fato, decisões tomadas em um determinado caso, segundo a sistemática processual vigente, podem originar direitos e obrigações no ordenamento pátrio, e, especificamente, enfrentar a questão da necessidade de identificação da efetiva razão de decidir (*ratio*) de cada precedente judicial em si, buscando uma metodologia básica que possa impedir a prática de mera invocação de súmulas e ementas como se interpretação precedencial legítima fosse. Justifica-se a abordagem a partir da guinada procedimental estabelecida com o CPC de 2015, mediante pesquisa legal e doutrinária sobre o tema, para concluir pela força vinculante e normativa dos precedentes previstos na legislação brasileira.

Palavras-chave: Precedente. Vinculante. Fonte. Fundamentação. Processo.

Abstract

The present work addresses the figure of judicial precedent, initially investigating whether it is a primary source of law. Its general objective is to identify whether, in fact, decisions taken in a given case, according to the current procedural system, can give rise to rights and obligations in the national order, and, specifically, to address the issue of the need to identify the effective reason for deciding (*ratio*) of each judicial precedent itself, seeking a basic methodology that can prevent the practice of mere invocation of precedents and menus as if it were a legitimate precedent interpretation. The approach is justified based on the procedural shift established with the CPC of 2015, through legal and doctrinal research on the subject, to conclude by the binding and normative force of the precedents provided for in Brazilian legislation.

Keywords: Precedent. Binding. Source. Rationale. Process. Sumário:

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Visão clássica das fontes jurídicas e enquadramento do precedente judicial. 3 – Precedentes judiciais no contexto normativo brasileiro. 4 – Em busca do comando vinculante do precedente. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas (Unicamp). Juiz do Trabalho do TRT 18ª Região (Goiás).

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6298-1120>

² Doutor e mestre em Direito pelo Centro Universitário UniCeub/DF. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB.

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8427-0099>

1. Introdução

Apesar de haver grande variação no tempo e no espaço, o sistema adjudicatório tradicional é o Judiciário, porém, quanto mais se utiliza desta prestação pública, mais congestionado fica este Poder, tornando lenta a prestação jurisdicional e configurando gravíssimo entrave ao efetivo exercício do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF).

Fato é que a carência de recursos humanos, intelectuais, materiais e temporais disponíveis para a desincumbência da tarefa de administrar o serviço judiciário também aconselha pensar na instituição de mecanismos efetivos que possam diminuir o tempo entre a lesão e a satisfação do direito, de modo que, o estudo dos precedentes judiciais, investigando a sua condição de fonte, torna-se tarefa de alta relevância.

A expressão “precedente”, aliás, pode apresentar vários significados, do mais amplo – reflete decisão anterior sobre determinado assunto – até o mais restrito – julgamento anterior que apresenta solução jurídica vinculante em relação àquela Corte prolatora e aos demais juízes em casos futuros semelhantes, sendo de se observar que nos países de sistema *common law* a decisão somente será tida como precedente pelo magistrado que for julgar a causa e não pelo próprio prolator da decisão originária (no Brasil, por exemplo, inserido no sistema da *civil law*, há previsão legal de decisões que já nascem como precedentes vinculantes, como veremos no desenvolvimento deste trabalho).

Como a questão dos precedentes nos regimes de direito comum ou mesclados (híbridos) não é propriamente, nos dias atuais, um problema de convergência entre as tradições de *civil law* e *common law*, mas um dilema da própria teoria do direito, este fenômeno não é incongruente ou contraditório com o positivismo jurídico que adota um modelo de precedente judicial regulado expressamente pela lei, podendo se encontrar regimes marcadamente legalistas, como o brasileiro, e ao mesmo tempo temperados por mecanismos estruturais de reconhecimento da força vinculativa da jurisprudência – *lato sensu* considerada – para modular casos futuros.

O modelo de precedentes como um todo assume que, do ponto de vista racional, é melhor vincular os juízes e tribunais à universalização de suas decisões, seja na formação, seja na aplicação dos precedentes judiciais do que assistir à pulverização decisória e nada criteriosa que seria estabelecida pela ausência da ideia de vinculação de julgamentos futuros às decisões passadas e que tenham tal característica, segundo o modelo jurídico adotado por cada país. Nessa linha de evidência, frise-se que o Brasil acaba assumindo, à exemplo do que ocorrera com os processos coletivos, poderia se dizer, uma posição legislativa vanguardista nos ordenamentos jurídicos da

América Latina ao tratar do tema, muito por causa de um movimento já antigo de enfrentamento da chaga da morosidade judicial que assola ao Judiciário do país.

Afinal, o processo que se move por décadas serve para cansar e destruir o adversário. Lança descrédito, ainda, nas instituições republicanas. “A lentidão estimula a fuga da jurisdição, ou deixando o litígio sem solução (litigiosidade contida), ou socorrendo-se as partes de mecanismos alternativos de resolução dos conflitos – mecanismos vantajosos só para alguns segmentos sociais (v.g. a arbitragem)” (ASSIS, 2016, p. 484).

Dispõe o art. 5º, LXXVIII, da CF, a propósito, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, cumprindo investigar, também, até que ponto o precedente judicial vinculante pode contribuir para a entrega deste direito fundamental insculpido no texto constitucional.

Teríamos, então, no precedente vinculante, a natureza de fonte formal do direito? E de que forma os precedentes podem contribuir para a efetividade da jurisdição, sem recair na indesejada mera repetição de ementas de casos passados a casos futuros?

Navegar nesta seara, superando qualquer análise isolacionista dos regimes de *common law* (direito casuístico) e de *civil law* (direito codificado), aportando no sistema jurídico processual brasileiro e analisando o seu esboço teórico e prático em relação ao precedente judicial é, assim, um dos objetivos deste trabalho.

A pesquisa tem por fonte bibliografia especializada, ao final citada, e se desenvolverá partindo da análise da visão clássica das fontes jurídicas, passando pela localização dos precedentes judiciais no contexto normativo brasileiro e seu possível enquadramento no arcabouço das fontes primárias, abordagem do que tenha efetivamente força vinculante no precedente, e chegando às necessárias conclusões sobre o tema.

2. Visão clássica das fontes jurídicas e enquadramento do precedente judicial

O vocábulo *fonte*, substantivo feminino, designa lugar de onde se brota, nascente, origem, fundamento que sustenta algo, significados genericamente considerados. Do ponto de vista jurídico, contudo, teoriza-se com uma série de classificações e justificativas para destacar de onde emanariam os direitos, inclusive com a clássica divisão entre fontes materiais (fatos da vida em sociedade) e formais (com carga de normatividade propriamente dita).

A distinção entre materiais e formais, a propósito, fez escola e repercute até hoje, mas, normalmente, as fontes do direito classicamente apontadas são as leis (tendo a Constituição Federal como sua expressão maior, no contexto de um Estado democrático de direito), os costumes, a jurisprudência, a doutrina, e os princípios gerais (art. 4º, da LINDB).

Adverte, contudo, o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um dado cultural e não mais como um objeto da natureza ou sagrado. Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra. (FERRAZ JR., 2003, p. 216)

Fato é que a questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o problema dos centros produtores de normas e sua unidade ou pluralidade. Em sendo admitidas lacunas, como não se pode negar, dada a natural incapacidade legislativa de tudo prever, necessário é aceitar que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros eixos produtores.

Como o precedente judicial, em termos amplos, reflete a decisão de um caso anterior com possibilidade de repercussão em causas futuras, não coincidindo, necessariamente, com a jurisprudência, assim considerada a reiteração de decisões em um determinado sentido por um certo tribunal, não estão eles expressamente catalogados na doutrina tradicional como fonte primária do direito.

Nessa linha de constatação, investigar se o sistema de precedentes atualmente instalado no ordenamento jurídico brasileiro se enquadraria como fonte do direito é de suma relevância. Primeiro porque são inegáveis, para não dizer evidentes, as investidas do próprio legislador no sentido de dar relevo à força não só persuasiva, mas, principalmente, vinculante, das decisões dos tribunais, tornando coerente e estável a respectiva jurisprudência, a exemplo do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 927, III, e 947, ambos do CPC), e, segundo, porque a preocupação subjacente é sempre a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional,

além da segurança jurídica do ordenamento como um todo, compensando todos os esforços investigativos para se tirar o melhor proveito possível dos mecanismos precedenciais.

Aliás, importa notar que a jurisprudência persuasiva é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa e formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas.

Não por mera subsunção, mas por necessária aproximação, pode-se destacar que o precedente judicial, nas suas diversas roupagens encontradas na legislação pátria, quando constituído com força vinculante, atende até mesmo a características próprias da lei, como a generalidade e a abstração, chegando o CPC a estabelecer que “acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese” (art. 947, § 3º).

Em uma análise comparativa inicial, portanto, destacando os aspectos da autoridade e da universalidade, que são próprios das fontes primárias do direito, pode-se afirmar que o precedente se apresenta como fenômeno relevantíssimo no desafio de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, independentemente da sua catalogação como fonte formal. Colhe da doutrina, a propósito:

Na interpretação correta do novo CPC, precedentes normativos formalmente vinculantes são as decisões passadas (casos-precedentes) que tem eficácia normativa formalmente vinculante para os juízes e tribunais subsequentes (casos-futuros) e são de aplicação obrigatória, independentemente das boas razões da decisão. Não valem como mero exemplo, obrigam.

Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia, do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, por exemplo, serão as decisões do pleno STF, em matéria constitucional, e da Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não serão precedentes vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia e do Espírito Santo, sendo, válidas, apenas como argumentos, exemplos, ou seja, como jurisprudência persuasiva. (FERRAZ JÚNIOR, p. 16).

José Rogério Cruz e Tucci, na obra “Precedente Judicial como Fonte do Direito”, acentua que o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o “princípio da universalidade”, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito,

o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça como qualidade formal. Além disso, assevera o citado autor, “a máxima jurídica que é extraída da decisão anterior e que, como visto, constitui efetivamente o ‘precedente’, sofre um tal processo de generalização que se insere em uma categoria de dogma dotado de extensão lógica” (TUCCI, p. 211). O caso concreto julgado passaria a ser apenas um *exemplum* dentro de um conjunto genérico de causas, portanto.

Aliás, não se vivencia mais o que veio a se chamar *despotismo dos tribunais*, no início do século XVIII, na Europa, cujo antídoto seria estabelecer que cumpriria exclusivamente ao legislador interpretar a lei, mesmo quando esta se mostrasse obscura, havendo mecanismos constitucionais e legais de controle da legitimidade das decisões judiciais, especialmente pelos deveres de publicidade e da fundamentação.

Então, a dialética entre jurisprudência e lei, ou tribunais e legisladores, confere aos primeiros um difuso poder de veto sobre a legislação e isto é salutar, dada a natural incompletude da norma, tendo por expressão atualíssima o controle de constitucionalidade realizado pelas cortes constitucionais e pelos próprios magistrados em geral.

Advirta-se, também, que sequer o positivismo jurídico levado às últimas consequências, advogando a lei como fonte única e soberana, e que recai no conhecido “juiz boca da lei”, à quem só se admitiria examinar os fatos, individuar as regras pertinentes, e extrair as consequências, sendo este o ideal de formação científica desta escola jurídica, seria barreira intransponível para a repercussão vinculante e normativa do precedente, inclusive em virtude da função integrativa deste, enquanto fruto da ação do intérprete.

Não se pode perder de vista, também, o critério teleológico, isto é, a aliança entre o sistema normativo e a realidade social, evidenciando um juiz descobridor do direito, em contraposição ao juiz executor, pois o legislador não esgotou todas as circunstâncias possíveis de incidência da norma.

Para Savigny, “o prestígio de uma corte de justiça superior sobre os tribunais que lhe são subordinados é devido a um importante fator intimamente relacionado com a atividade decisória” (TUCCI, p. 213), não sendo apenas a posição hierárquica que conta, mas, sobretudo, o poder que é atribuído ao tribunal superior de fazer triunfar as próprias convicções no reexame das sentenças.

Ihering, por sua vez, cuidava da motivação da *ratio decidendi*, advertindo que com o intuito de coibir o arbítrio do poder judiciário, o dever de expor a motivação da sentença representa, para

o direito civil, “o condão de constringir o juiz a justificar objetivamente a própria sentença, sem que se lhe imponha irrestrita adesão ao conteúdo imediato da lei” (TUCCI, p. 215).

A capacidade de vincular está, portanto, na razão da decisão (*ratio decidendi*) e não no mero resultado (ementa ou dispositivo), e muito menos nos argumentos de reforço (*obter dictum*), sendo o precedente vinculante fonte mais ampla do que a meramente integrativa jurisprudencial, pois pode decorrer, como se verá no capítulo seguinte, tanto da reiteração de decisões que redundam em jurisprudência, como de mecanismos legais que fixam procedimentos específicos cujo resultado vincula aos demais juízes e tribunais, em alguns casos.

É dizer:

A lei processual usa a expressão *fundamentos determinantes* para se referir à porção da motivação considerada critério para identificação da similitude (ou sua ausência) entre enunciados judiciais, a fim de que o entendimento expressado num deles seja considerado (ou afastado) no outro (cf. arts. 489, § 1º, V e 979, § 2º, do CPC/2015).

Tais fundamentos correspondem àquilo que a doutrina, inspirando-se na prática de países que adotam o modelo do *common law*, chama de *ratio decidendi*.

Como escrevemos em outro estudo, *ratio decidendi* corresponde aos “argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis”. (MEDINA, p. 742)

Desdobrando esse raciocínio, é fato que a decisão é tomada dentro da margem para a aplicação da lei conforme o entendimento de cada magistrado, podendo ocorrer situações em que para um mesmo fato, tendo como base igual texto normativo, apresentam-se interpretações díspares, surgindo evidente problema de compreensão do direito a ser aplicado, no que, vale citar o art. 476 do CPC, que traz técnicas de unificação da jurisprudência, por meio de duas hipóteses de julgamento prévio ou prejudgado, a saber:

Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único - A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Como se vê, primeiro resolvem-se as divergências quanto à interpretação, através de julgamentos prévios, reduzindo-se possíveis divergências de interpretação, para posteriormente julgar-se a ação propriamente dita. Há um certo consenso, pois, quanto à virtude legislativa de se reconhecer expressamente essa lógica vinculante e, por consequência, vinculativa aos precedentes:

O direito processual civil brasileiro acertou, ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa dos precedentes. Com isto, tornou-os obrigatórios e vinculantes, induzindo a passagem do direito jurisprudencial —vinculado apenas à lei e ao livre convencimento do juiz, na sua falta—, para o direito de precedentes, no qual os juízes e tribunais são responsáveis por suas escolhas, escolhas que irão vincular a si e aos seus pares no futuro; portanto, não são mais «livres», se é que um dia o foram (FERRAZ JÚNIOR, p. 6).

Com tais considerações, importa concluir haver potencial jurídico nos precedentes para a atuação como fontes primárias do direito, dada a sua força normatizadora para situações futuras, com generalidade e abstração, mormente no que diz respeito à *ratio decidendi* que se extrai da decisão passada para utilização em casos vindouros.

3. Precedentes judiciais no contexto normativo brasileiro

Traçado o recorte epistemológico necessário (precedente *versus* fonte do direito), importa destacar, em rápida abordagem histórica, que o direito brasileiro recebe influxos de consideração e relevância da criatividade ou atividade judicial há mais de um século, podendo citar alguns marcos interessantes: a) regulamento 737, de 1850, quando o Brasil passou a ter leis próprias em matéria de organização judiciária e de processo civil; b) instalação do Supremo Tribunal Federal em 1891, com previsão de recurso extraordinário contra acórdãos de tribunais estaduais, quando ocorresse divergência de interpretação da lei federal; c) Decreto nº 16.273/23, criando o mecanismo do *prejulgado* obrigatório para o caso concreto e “aconselhável” para os casos futuros, embora restrito à Corte de Apelação do então Distrito Federal; d) *prejulgado trabalhista*, previsto no art. 902 da CLT, e revogado pela Lei nº 7.033/1982.

Cite-se, ainda, o então art. 263 do Código Eleitoral de 1965, ao dispor que “no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questão de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal”.

Já o CPC de 1939 manteve, no art. 861, o instituto do *prejudgado*, com o mesmo escopo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais pátrios, e a Emenda Constitucional nº 28, de 1963, abriu espaço para a institucionalização das súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, surgindo daí os seus primeiros 370 verbetes, embora não tenham ostentado o status de precedente judicial vinculante, mas apenas persuasivo, assim como veio a ocorrer com a edição de súmulas pelas demais Cortes (TUCCI, p. 233).

De se notar, ainda, que no início do século XX destacaram-se algumas impressões na Europa sobre precedente judicial como fonte do direito, valendo destaque as situações vivenciadas na Itália, França, Alemanha e Portugal.

Na Itália, a doutrina acentuava que é evidente que o precedente se evade do território das fontes jurídicas, na acepção técnica da palavra, mas, pela sua repercussão prática, a tradição jurisprudencial adquire um altíssimo valor persuasivo (TUCCI, p 220).

No contexto Francês, com organização desenhada para garantir a unidade da jurisprudência, destacavam-se exemplos de influência do poder criativo dos juízes (Corte de Cassação, mais especificamente), como a noção de *causa*, a inalienabilidade dos bens dotais, o princípio de que ninguém deve enriquecer-se à custa alheia, etc, expressando convicção de que todos os países de regime codificado tinham uma organização judiciária desenhada para garantir, na medida do possível, a referida unidade.

Na Alemanha do início do século XX, apesar de não haver convergência doutrinária quanto à catalogação do precedente judicial como fonte formal do direito, a literatura mais recente também não desconsiderou a inequívoca influência pretoriana para evolução de determinados institutos que não estavam previstos nos textos originais do Código Civil daquele país (TUCCI, pp. 227/228), a exemplo da *culpa in contraendo*, da limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, do reconhecimento dos direitos da personalidade e respectiva possibilidade de indenização por sua lesão.

Já em Portugal, o autor José Alberto dos Reis advertia que jurisprudência uniforme não quer dizer jurisprudência imutável, chamando atenção para a figura do precedente vertical obrigatório, por meio do qual os demais tribunais devem obediência aos acórdãos do Supremo Tribunal, e, quando inobservados, geram o direito de acesso do prejudicado para ver preservada a

jurisprudência da Corte superior. Não se tinha, porém, a catalogação do precedente como fonte formal (TUCCI, p. 228).

No Brasil, contudo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, agregou-se ao ordenamento positivado um arcabouço voltado ao respeito da jurisprudência, prevendo o art. 926, *caput*, que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, traçando-se, basicamente, a instrumentalidade necessária para a formação de precedente com caráter vinculativo através de institutos como o julgamento de demandas e recursos repetitivos nos tribunais e o incidente de assunção de competência. Confira-se o referido marco normativo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Evidencia-se que o citado art. 927 do CPC apresenta o rol de precedentes que, segundo a legislação processual, serão considerados vinculantes. Vê-se, ademais, que a força normativa dos precedentes será diferenciada, conforme caibam ou não o estabelecimento de quórum qualificado para formação, ampliação, revogação ou superação do precedente e seu desrespeito enseje ou não a impugnação por meio de reclamação (art. 988, II, III e IV, do CPC).

Fato é que hodiernamente o sistema jurídico brasileiro assimilou, ainda que à sua maneira, sem ser estritamente *common law* e nem *civil law*, a figura precedencial como instituto voltado aos fins mais nobres e desejados da prestação jurisdicional, a saber, a efetividade, previsibilidade, justiça e celeridade da decisão.

Eduardo Talamini assevera, quanto a este aspecto:

Há décadas, nota-se uma aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: cada vez é maior a relevância que a jurisprudência assume na *civil law*; são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na *common law*, que advêm de textos legais positivados. Mas permanecem sendo modelos muito distintos. O papel que os precedentes (no sentido próprio, tradicional) têm na *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles – de resto inexistente. Antes, é fruto de seculares tradições” (TALAMINI, p. 2).

O presente trabalho não descera a minúcias relativas à cada um dos aparelhos judiciários colocados à disposição da formação de precedentes no sistema jurídico pátrio, mas não se pode deixar de destacar, com vistas a responder à indagação sobre ser o precedente judicial fonte primária do direito, as figuras da repercussão geral e dos julgamentos repetitivos, cujas decisões estão previstas na lei (arts. 1029 e seguintes do CPC) com caráter expressamente vinculante (art. 927, III, do CPC), visando ao alcance da uniformização dos julgados para matérias iguais e à não discrepância decisória dos tribunais para os casos semelhantes.

Em outras palavras, a virtude da sistemática adotada pela lei brasileira está exatamente na possibilidade de dar vazão a um sem número de casos paradigmas mediante a utilização de procedimento uniformizador que redundará na formação de precedente com força vinculante, assegurando a sua observância para os litígios futuros e até prevenindo-os, dada a decorrente previsibilidade das decisões após estabelecido um precedente neste contexto vinculativo.

A técnica de invocar precedentes judiciais nos regimes jurídicos regrados mesmo pelo direito codificado, pois, acaba sendo uma realidade, reforçando a ideia de fonte jurídica. A Propósito, confira-se a disciplina da fundamentação das decisões que fora eleita pelo Código de Processo Civil de 2015, por meio do seu art. 489, § 1º:

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

As virtudes, aliás, dessa prática, quando bem manejada, estão na previsibilidade das decisões, no favorecimento da uniformidade da jurisprudência, na função nomofilática (função que os tribunais superiores têm de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do direito), que atende ao interesse público da unidade e estabilidade jurisprudenciais.

Precedentes, portanto, dizem respeito à teoria da decisão judicial, e não à ultrapassada preocupação da doutrina processual civil com a mera uniformização da jurisprudência. A doutrina destaca a importância dessa estruturação estabelecida no Código de 2015:

A finalidade desta mudança está em assegurar racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial subjetivista e decisionista. Justamente por isto estas decisões foram expressamente vinculadas a fundamentação adequada, art. 489, § 1º, especialmente incisos V (fundamentos determinantes) e VI (distinção e superação), e a vedação das decisões surpresa (art. 10). A defesa da regra da universalização é feita por grande parte da doutrina, Marina Gáscon, Neil MacCormick, Frederick Schauer, Martin Kriele, Robert Alexy, Michele Taruffo, Thomas Bustamante, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero.

A universalização é mais ampla que a igualdade. Para além de incluir a premissa da igualdade, a universalização exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção). (FERRAZ JÚNIOR, p. 5).

Importante destacar, nesse sentir, que precedente judicial não se confunde com os costumes, não sendo o mesmo que direito consuetudinário. Este sim, quando observado pelos tribunais, viabiliza a sua transformação em precedente; a sentença confirma o costume e não o contrário.

Na teoria das fontes, portanto, o maior problema não está no reconhecimento do precedente como tal, havendo disputa muito mais acentuada sobre a sua posição teórica, pois qualifica-lo como fonte pode basear-se no elemento da autoridade (sistema europeu-ocidental) ou da razão (regime anglo-americano).

Mas qual seria a eficácia do precedente judicial neste contexto? Seria o precedente fonte concreta de expressão do direito no âmbito dos ordenamentos de países que adotam legislação escrita e codificada? Evidência de que sim é a iteração das decisões para a teoria da argumentação jurídica, cumprindo destacar que Alexi (TUCCI, p. 298) formula duas regras gerais do discurso jurídico para a utilização da jurisprudência dominante, a saber: “a) quando vier invocado um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve, em princípio, ser seguido; b) quem pretender se afastar de um precedente, tem o ônus da justificação”.

Em caso de dúvida, haveria de se decidir a favor do precedente, pode-se concluir. Essa presunção em prol do precedente vale para o passado e também para o futuro, considerando-se a jurisprudência já consolidada, sem perder de vista a sua invocação em tempo vindouro para

fundamentar nova decisão. Colhe-se este reconhecimento a partir das disposições expressas adotadas pela legislação processual de 2015, no que converge a doutrina:

O CPC/2015 rompeu definitivamente com a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, elencando no art. 927 e incisos os casos em que os precedentes no Brasil obrigam, portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões. Daí falarmos, nestes casos, de precedentes normativos formalmente vinculantes, uma vez que são normas primárias, estabelecidas como tal pela legislação processual formal, que determina a sua vinculação independentemente de suas boas razões (FERRAZ JÚNIOR, p. 17).

As quatro dimensões do precedente segundo Michele Taruffo (TUCCI, pp. 304/205), também refletem bem a importância da análise das decisões precedenciais como fontes do direito. São elas:

A “dimensão institucional” deve ser analisada à luz da organização judiciária e a forma pela qual a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais é escalonada (precedentes verticais e precedentes horizontais). A “dimensão objetiva” do precedente diz respeito à determinação de sua influência na decisão de casos futuros, revelando-se essencial a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois o predicado formal do precedente é atribuído apenas à razão *in se* da decisão.

A “dimensão estrutural”, ou seja, o conceito substancial de precedente, no âmbito da *common law*, uma única decisão pode produzir efeito vinculante (*binding precedent*), enquanto na órbita do direito codificado, sob a lógica jurisprudencial exige-se, via de regra, repetitividade decisória para se alcançar tal efeito. Por fim, a “dimensão da eficácia” é apresentada como derivação do grau de influência que o precedente exerce sobre a futura decisão em um caso análogo.

Percebida e constatada a normatividade dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre, por derradeiro, analisar quais aspectos da decisão judicial, neste contexto, efetivamente afiguram-se como verdadeira fonte, avaliando os riscos de uma operacionalidade superficial e artificial na aplicação para casos futuros.

4. Em busca do comando vinculante do precedente

Sustentar a natureza de fonte para os precedentes vinculantes atrai responsabilidade ainda maior para o intérprete, especialmente para a magistratura, na medida em que as decisões partirão de enunciados prévios dos quais podem emanar direitos e obrigações, daí importando – sendo

fundamental, a rigor – identificar quais efetivamente são as razões de decidir do precedente para poder vincular com segurança e justiça a sentença ou acórdão futuro.

Leonard Ziesemer Schmitz, em artigo intitulado “Compreendendo os ‘precedentes’ no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões”, aporta interessantes reflexões sobre a problemática de se tomar ementas por precedentes, em contexto de mera repetitividade e encaixe de decisões precedenciais em casos semelhantes futuros. Em síntese, problematiza o autor:

(...) passou-se a apostar cada vez mais na ideia de que os juízes de instâncias inferiores devam respeitar, “obedecer”, ao que dizem os tribunais superiores, em nome de uma suposta isonomia jurisdicional. Gradualmente, foram sendo introduzidos no ordenamento, instrumentos que serviriam para uniformizar o entendimento jurisprudencial a respeito de questões jurídicas. Quis-se acreditar, com isso, que seria criada no País uma doutrina de “precedentes”, na tentativa de aproximar as famílias jurídicas da *civil law* e da *common law*.

O resultado dessas reformas acabou sendo a posituação da possibilidade de que casos concretos sejam decididos puramente com base em “ementas”, com a simples transcrição do resumo de um julgado, em uma espécie de acoplamento do caso anterior ao caso presente. (SCHMITZ, p. 2)

Isso, associado, à disseminação de informações em meio virtual, facilitando sobremaneira o acesso a julgados - e, conseqüentemente, às suas ementas -, gera a falsa impressão de eficiência de se fundamentar uma sentença, ou um voto condutor de um acórdão, com o mínimo esforço.

Para evitar a utilização indiscriminada de sínteses rasas de julgados anteriores para fundamentar decisões, imperioso que adentremos ao conteúdo do precedente, pesquisando o que seja efetivamente a sua *ratio decidendi*, diminuindo a margem para implementação de julgamentos de má qualidade. Afinal, a Constituição assegura a razoável duração do processo, porém, o direito de acesso ao Poder Judiciário pressupõe mais do que celeridade, sendo dever do Estado prover jurisdição com qualidade, efetividade e eficiência.

Cumpra, assim, indagar: a mera invocação de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões, atenderia à necessidade de identificação da *ratio decidendi* do precedente, e, em última análise, estaria adequadamente fundamentado o julgamento?

Ainda segundo o referido autor (SCHMITZ, p. 4), o que chama de “cultura de ementas” – definição dos contornos e o conteúdo do Direito a partir – acabaria por revelar que “os Tribunais superiores passaram a ser os produtores iniciais e finais dos sentidos e significações da lei”, de modo que o direito “passa a ser - quase que exclusivamente - aquilo que é dito e repetido pelos pretórios”.

Assevera, também, que a grande consequência dessa prática reiterada é que as ementas, e, mais ainda, as súmulas – mesmo as não vinculantes, passaram a ser redigidas com a pretensão de, desde já, servirem como resposta automática a casos futuros. Em outras palavras, a existência de súmulas e ementas não é um problema em si, no entanto:

(...) o problema reside na elaboração de ementas já com a pretensão de que elas venham a ser diretamente transcritas em textos jurídicos a serem produzidos futuramente, como se uma resposta a um problema jurídico pudesse abranger, em si mesma, outras hipóteses de sua aplicação, para casos ainda sequer nascidos. Com efeito, as noções mais basilares dessa sistemática - como as de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, e *distinguishing* - são fruto de uma longa construção doutrinária e jurisprudencial, coexistindo ainda hoje ideias conflitantes a seu respeito. Mesmo na *common law*, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes para casos futuros; são, antes, emanadas para solver as disputas no caso concreto e, também por isso, não basta a simples menção do precedente para solucionar a controvérsia. Este deve vir acompanhado da necessária justificação e contextualização no caso concreto. (SCHMITZ, p. 5)

O que se tem por verdadeiro caso anterior ou precedente, pois, surgirá retrospectivamente, mas nota-se que no ordenamento positivado brasileiro cada vez mais os mecanismos ocorrem de modo prospectivo, com formação de precedentes que nascem como tais. A visão de mera subsunção do precedente ao caso concreto, pois, leva-nos a concluir que utilizar um dispositivo de lei ou uma decisão anterior acabaria não diferindo muito, na medida em que os dois textos (legal e precedencial) acabam sendo caracterizados por normatividade, aptos a auxiliar na construção da norma (a decisão em si do caso concreto).

Não resolve o caso quando a superficial aplicação de um precedente, com mera citação da sua conclusão, dissociada das efetivas razões de decidir. A rigor, para a adequada aplicabilidade do precedente deve se estar fundado, o intérprete, em um contexto, não se podendo dispensar um exame acurado e profundo das características e peculiaridades do caso que o gerou.

Dworkin conclui, a esse respeito, que “a compreensão meramente burocrática do decidir despe o juiz de responsabilidade e o afasta do compromisso com o caso. Quando se deixam de julgar casos, para julgarem-se teses, tem-se sintoma inequívoco da suplantação da atividade judicial pela Burocracia” (SCHMITZ, p. 9).

Como precedentes são textos, demandam interpretação transparente e coerente, não sendo dado aos juízes a faculdade de se eximirem de interpretar, compreender, e construir o sentido normativo da norma para o caso concreto, cumprindo ressaltar:

A posição do julgador em relação aos “precedentes” deve ser, como em qualquer outra situação em que um intérprete se depara com um texto, de diálogo, e não de submissão, até porque o sentido do texto não saltará aos olhos do intérprete, mas será construído à medida que a compreensão ocorrer.

Fala-se, aqui, em fundamentação *ad relationem*, na qual a justificação de outra decisão anterior é tomada emprestada, prática que há muito tempo vem sendo utilizada em países de civil law – sem que isso se confunda com adoção de uma “teoria de precedentes”, de forma alguma. (SCHMITZ, p. 10)

Nesta linha de raciocínio, considerando-se fonte do direito os precedentes vinculantes, propõe-se que a decisão que os invoquem sempre apresente uma justificação autônoma, própria do caso sub judice, não se podendo simplesmente utilizar todo o raciocínio do julgado anterior como se se encaixasse perfeitamente e solucionasse a nova questão.

Teresa Arruda Alvim Wambier, pontua que se houve mera referência e não a transcrição dos argumentos, nula será a decisão, pois “não se admite a motivação *per relationem* quando é exclusivamente *per relationem*, ou seja, quando o magistrado se limita a remeter a fundamentação à de outra decisão, o que significa a renúncia integral do juiz a justificar autonomamente, sua decisão”, pois é na fundamentação, com efeito, que se poderá saber se o precedente foi aplicado conscientemente ou se se tratou de uma reprodução mecânica, como mera multiplicação de ementas ou enunciados.

Imprescindível, assim, que o julgador apresente o caminho lógico que percorreu para alcançar a nova decisão, como única garantia, a propósito, contra o arbítrio. Afinal, um déficit de fundamentação pode ser também qualificado como um déficit de legitimação, e esse dever é reforçado no caso dos precedentes, pois estamos a tratar de uma fundamentação baseada em “outra fundamentação” sendo redobrada a necessidade de exposição concreta do raciocínio jurídico.

O próprio Código de Processo Civil estabelece claramente no art. 489, § 1º, V, que não se considera fundamentada a decisão 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”. São, assim, dois os planos de atuação do julgador ao invocar precedente para sustentar sua decisão: a) a identificação dos casos, excluindo o fator da distinção (*distinguishing*); b) localização e tratamento expresso da *ratio decidendi*, que, a rigor, significa

analisar os fundamentos determinantes do precedente para sustentá-los no caso sob apreciação judicial. Sem este itinerário, corre o risco de formular-se decisão por meio de rasa subsunção, aumenta as chances de julgamentos superficiais e de má-qualidade.

Em outras palavras, cumpre aos intérpretes, e aí não apenas aos juízes, abrirem o precedente, no sentido de fazer a sua aproximação fática com o novo caso e estabelecer o liame lógico, transparente, analítico, das razões de formação do julgado anterior para adequada utilização no caso presente. Importante frisar, aliás, em relação à responsabilidade geral de todos os intérpretes para tal desiderato, que a sentença nem mesmo padecerá de omissão, por exemplo, se a petição do autor ou do réu se limitar a citar precedente por mera ementa, sem abri-lo nos moldes aqui propostos, pois ao juiz não é dado substituir as partes neste papel, sob pena, inclusive de incorrer em decisão surpresa, algo vedado pelo art. 10 do CPC, importa frisar.

Somente poderá ser aplicado o precedente, assim, quando for efetivamente demonstrado que se tratam de casos em que o *legal reasoning* seja análogo, inclusive para justificar a não aplicação de certos precedentes, o que é igualmente muito relevante e importante. Para tanto, existem as técnicas de *distinguishing*, tão caras ao modelo de *stare decisis* anglo-americano, gerando para os juízes um maior esforço argumentativo para justificar a sua decisão.

Nesta quadra, observando-se estes cuidados, podemos concluir pela localização dos precedentes vinculantes como fontes do direito e passíveis de aplicação virtuosa em busca de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, dando cobro aos comandos do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.

Considerações finais

Como vimos, a expressão “precedente” apresenta vários significados, importando-nos o do restrito, como sendo julgamento anterior que apresenta solução jurídica vinculante em relação às causas futuras, não sendo, a questão dos precedentes, um problema de convergência entre as tradições de *civil law* e *common law*, mas um dilema da própria teoria do direito.

O modelo de precedentes como um todo assume que é melhor vincular os juízes e tribunais à universalização de suas decisões do que assistir à pulverização decisória e nada criteriosa que seria estabelecida pela ausência da ideia de vinculação de julgamentos futuros às decisões passadas.

Mas como o precedente não se confunde necessariamente com a jurisprudência (visão mais ampla), não estão eles expressamente catalogados na doutrina tradicional como fonte primária do direito, porém, pode-se concluir que nas suas diversas roupagens encontradas na legislação pátria, quando constituído com força vinculante, atende até mesmo a características próprias da lei, como a generalidade e a abstração, ressaltando que a capacidade de vincular está na extração dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) e não no mero resultado (ementa ou dispositivo), e muito menos nos argumentos de reforço (*obiter dictum*).

Importa concluir, assim, que há potencial jurídico nos precedentes para a atuação como fontes primárias do direito, dada a sua força normatizadora para situações futuras, destacando-se que o direito brasileiro recebe influxos de consideração e relevância da criatividade ou atividade judicial há mais de um século.

Demanda concluir, também, que o art. 927 do CPC apresenta o rol de precedentes que serão considerados vinculantes, com força normativa diferenciada por quórum qualificado para formação, ampliação, revogação ou superação do precedente e possibilidade de reclamação (art. 988, II, III e IV, do CPC), deixando claro que o sistema jurídico brasileiro assimilou, ainda que à sua maneira, sem ser estritamente *common law* e nem *civil law*, a figura precedencial, com vistas à previsibilidade das decisões, favorecimento da uniformidade da jurisprudência, e função nomofilática dos tribunais.

Por fim, para evitar a utilização indiscriminada de sínteses rasas de julgados anteriores para fundamentar decisões futuras, propõe-se que se adentre ao conteúdo do precedente, pesquisando o que seja efetivamente a sua *ratio decidendi*, para a sua adequada aplicabilidade, em busca de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, dando cetro aos comandos do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.

Referências

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26.03.2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.03.2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Forense, 2003. 4. ed.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 5. ed., revista, atualizada e ampliada.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. **Revista de Processo**, vol. 226, p. 349, Dez / 2013, DTR\2013\11585.

TALAMINI, Eduardo. O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 49, p. 58-63, abr. 2016.

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

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. Universidade Federal do Espírito Santo. **Cuadernos Jurídicos**. Ius trib. Año 1, n.º 1, 2015, pp. 31-49.