

PREVISIBILIDADE DECISIONAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

*DECISIONAL PREDICTABILITY AND THE BRAZILIAN SYSTEM OF
PRECEDENTS*

*PREVISIBILIDAD DE DECISIONES Y EL SISTEMA DE PRECEDENTES
BRASILEÑO*

João Gabriel Guimarães de Almeida¹
Paulo Henrique Guilman Tanizawa²

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro possui configuração histórica conforme ao *civil law*, forma onde a principal fonte de direito é a legislação escrita, da qual decorreriam segurança jurídica e previsibilidade. Com as transformações trazidas pelo constitucionalismo do direito e o uso de cláusulas gerais na legislação, a interpretação e o modo de direito se abriam, vez que não mais se baseiam os magistrados apenas na lei para decidirem, mas também se utilizam de princípios, costumes e outras decisões judiciais relacionadas para chegarem a uma conclusão decisória. Com isso, o sistema jurídico brasileiro, que não possuía regulação expressa quanto às decisões judiciais e seu uso como fonte de direito e eventual efeito vinculante, teve sua previsibilidade diminuída, gerando insegurança jurídica. Ponto desenvolvido pelo legislador para auxiliar na retomada de previsibilidade, é o sistema de precedentes previsto ao art. 927 do Código de Processo Civil. Diante de tal cenário, originou-se o presente trabalho, com o objetivo de analisar o instituto do precedente brasileiro como forma de combate à insegurança jurídica. Por meio de análise comparativa e uso do método dedutivo, foi possível concluir que inobstante não sejam tais precedentes conformes à realidade do *common law*, onde se originaram, o modelo brasileiro possui potencial para auxiliar na retomada da previsibilidade, vez que, por sua vinculação obrigatória advinda de suas teses, tem-se uma organização do uso de decisões judiciais como fontes de direito vinculantes em certas caracterizações, trazendo assim maior previsibilidade e, então, segurança jurídica ao sistema normativo brasileiro.

¹Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito do Agronegócio no EBRADI. Advogado. E-mail: joalex@outlook.com.

²Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: Paulo.tanizawa@pucpr.br

Palavras-chave: Decisão judicial; Fundamentação; Precedentes; Previsibilidade; Segurança jurídica.

ABSTRACT

The Brazilian legal system has a historical configuration in line with civil law, a form where the main source of law is written legislation, from which legal certainty and predictability would derive. With the transformations brought about by the constitutionalization of law and the use of general clauses in legislation, the interpretation and mode of law were opened up, since judges no longer base their decisions solely on the law, but also use principles, customs, and other related judicial decisions to reach a decisional conclusion. With this, the Brazilian legal system, which did not have express regulation regarding judicial decisions and their use as a source of law and possible binding effect, had its predictability diminished, generating legal uncertainty. A point developed by the legislator to assist in the recovery of predictability is the system of precedents provided for in article 927 of the Code of Civil Procedure. Given this scenario, the present work originated, with the objective of analyzing the institution of Brazilian precedent as a way to combat legal uncertainty. Through comparative analysis and the use of the deductive method, it was possible to conclude that although such precedents are not consistent with the reality of the common law, where they originated, the Brazilian model has the potential to assist in the recovery of predictability, since, due to its mandatory binding nature derived from its theses, there is an organization of the use of judicial decisions as binding sources of law in certain characterizations, thus bringing greater predictability and, therefore, legal certainty to the Brazilian normative system.

Keywords: Judicial decision; Justification; Legal certainty; Precedents; Predictability.

RESUMEN

El sistema jurídico brasileño tiene una configuración histórica conforme al civil law, modelo en el cual la principal fuente del derecho es la legislación escrita, de la cual se derivarían seguridad jurídica y previsibilidad. Con las transformaciones traídas por la constitucionalización del derecho y el uso de cláusulas generales en la legislación, la interpretación y el modo de hacer derecho se abrieron, ya que los magistrados ya no se basan únicamente en la ley para decidir, sino que también utilizan principios, costumbres y otras decisiones judiciales relacionadas para llegar a una conclusión decisoria. Con esto, el sistema jurídico brasileño, que no poseía regulación expresa en cuanto a las decisiones judiciales y su uso como fuente de derecho y eventual efecto vinculante, vio disminuida su previsibilidad, generando inseguridad jurídica. Un punto desarrollado por el legislador para auxiliar en la recuperación de la previsibilidad es el sistema de precedentes previsto en el artículo

927 del Código de Proceso Civil. Ante este escenario, se originó el presente trabajo, con el objetivo de analizar la institución del precedente brasileño como forma de combatir la inseguridad jurídica. Mediante análisis comparativo y el uso del método deductivo, fue posible concluir que, a pesar de que tales precedentes no sean conformes a la realidad del common law, donde se originaron, el modelo brasileño posee potencial para auxiliar en la recuperación de la previsibilidad, ya que, por su vinculación obligatoria derivada de sus tesis, se tiene una organización del uso de decisiones judiciales como fuentes de derecho vinculantes en ciertas caracterizaciones, trayendo así mayor previsibilidad y, por ende, seguridad jurídica al sistema normativo brasileño.

Palabras clave: Decisión judicial; Fundamentación; Precedentes; Previsibilidad; Seguridad jurídica.

Data de submissão: 13/02/2024

Data de aceite: 25/11/2024

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, orientado pelo regime do *civil law* (direito positivo, romano-germânico), possui como característica a grande quantidade de leis (de federais, apenas, tem-se mais de 34 mil), as quais servem tradicionalmente como fonte primária de direito (aplicação, reconhecimento, sancionamento) e desenvolvimento de normas jurídicas, em contrapartida a países de orientação anglo-saxônica, em que a quantidade de leis é significativamente menor, e a orientação/aplicação jurídica ocorre majoritariamente pela utilização de costumes e decisões judiciais anteriores (logo, precedentes).

Desenvolvendo-se em dependência à legislação, tem-se as decisões judiciais, normalmente referenciadas pela jurisprudência, que de modo genérico, se constitui no conjunto de decisões produzidas pelos tribunais pátrios e, pela sua matéria, expõe o entendimento de uma Corte, sendo usualmente elencada como fonte secundária do direito.

É observável no contexto brasileiro, porém, o aumento do uso das decisões judiciais (e, portanto, da jurisprudência), na prática e aplicação do direito, seja pelas partes, seja pelos órgãos julgadores, como fundamento de outras decisões. Ainda, referidas decisões, pela anterior inexistência de regulação expressa sobre a forma de sua utilização como fundamentação, acabam se contradizendo ou não sendo utilizadas da forma correta, gerando insegurança jurídica.

Como possível forma de organização do uso de referidas decisões como meio de fundamentação de decisões judiciais, existe a ideia de precedente, advinda do direito anglo-saxão, onde a fonte principal de direito é o entendimento jurisdicional anterior, expressado no julgamento de casos concretos (por exemplo, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, onde a Suprema Corte Americana

reconheceu a inconstitucionalidade da divisão racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas) que se tornam parâmetro para decisões em casos análogos/semelhantes posteriores.

A ideia de precedente veio a ser recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, mesmo que não da maneira prevista e utilizada junto ao citado direito consuetudinário.

Dessa situação, mostra-se a necessidade de avaliar como resolver essa situação de imprevisibilidade e conseqüente insegurança causadas pela não sistematização das decisões judiciais, e se talvez tal solução possa ocorrer por meio da utilização de um sistema de precedentes como o existente em ordenamentos de *common law*; nesse cenário, é importante avaliar, igualmente, se tal utilização se adequa aos objetivos e necessidades do sistema normativo brasileiro.

Surge então a necessidade de se avaliar e entender o papel da decisão judicial no sistema normativo brasileiro atual, visto a sua vinculatividade e função paradigmática, vez que como determinadoras de direitos particulares com potencial determinador dos da coletividade, tais produções do direito devem ser devidamente fundamentadas, mantendo o sistema jurídico organizado e coerente, para fins de se manter a justiça e ordenamento sociais, fins do direito.

A partir de tal situação e de tais questionamentos, originou-se o presente artigo, com o objetivo de demonstrar, através de análise comparativa e do método dedutivo, o papel que a decisão judicial tem tomado no sistema normativo brasileiro, especialmente quanto à sua utilização em forma de precedente, como fundamentação de decisões judiciais.

Primeiramente, serão estudados e expostos os dois grandes ramos do direito ocidental, quais sejam, *civil law* e *common law*, para compreensão quanto às diferentes formas de organização jurídica. A seguir, será discutido sobre a decisão judicial, sua formulação e fontes de fundamentação, para compreensão quanto ao papel da decisão judicial no ordenamento, e sua incorrência na previsibilidade jurídica, tanto no *civil law*, quanto no *common law*.

Finalmente, examinar-se-á o instituto do precedente judicial, tanto em sua origem no direito anglo-saxão, quanto no sistema brasileiro e seu precedente único, para análise de seus impactos na previsibilidade jurídica brasileira. Ao fim, conclui-se o artigo com considerações quanto ao papel transformador do precedente brasileiro, na promoção de previsibilidade ao ordenamento pátrio e sua jurisdição.

2 SISTEMAS DE DIREITO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Como é de conhecimento geral dos aplicadores de direito, existem dois grandes ramos de aplicação/orientação jurídica, quais sejam, direito romano/positivo e direito inglês/consuetudinário, ambos também conhecidos como *civil law* e *common law*, respectivamente.

O *civil law* se caracteriza pela primazia da fonte de direito advinda do processo legislativo, a(s) lei(s), colocando em regra as demais fontes de direito como secundárias. Pelo *common law*, o Direito se desenvolve a partir de usos e

costumes e, a partir deles, pela jurisdição, que consolida os primeiros. O direito, ao invés de ser coordenado por Leis escritas/secas, o faz por decisões baseadas em usos e costumes prévios – precedentes (Reale, 2002).

Ou seja, o *civil law*, por meio de sua jurisdição, busca a resolução de problemas por meio da razão fundada em conceitos gerais e abstratos, previstos na norma desenvolvida por meio do sistema legislativo, a Lei, e então aplicados aos casos concretos. O *common law*, a seu turno, busca a solução por meio do caso concreto, de uma situação determinada e particularizada anterior (não universal, como o sistema previamente citado), que serve de base e fundamento *precedente* à decisão presente (Mitidiero, 2015).

A despeito do sistema de direito existente em cada Estado, é certo que em ambos os sistemas (principais) a decisão judicial ocupa papel de destaque, por ser ela a caracterizadora de direitos em um caso concreto. O que altera sua configuração em cada sistema, porém, é a forma com que é fundamentada.

À primeira vista, teríamos a opção, em um sistema, de fundamentação em Leis (*civil law*) ou em Precedentes (*common law*). Tal visão, porém, é deveras simplista, vez que a fundamentação de uma decisão judicial vai muito além de mera referência a dispositivo legal e/ou decisão judicial anterior.

Ao tratar de decisão judicial dentro do contexto do direito romano, Kelsen (2009) ensina que os tribunais, ao aplicarem normas gerais, estabelecem normas individuais, onde se prescreve uma sanção, civil ou penal. O estabelecimento dessa norma individual pelo tribunal seria um estágio intermediário do processo de aplicação do Direito, o qual começaria, no sistema Kelsiano, “com a elaboração da Constituição e que, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção” (Kelsen, 2009, p. 263).

Observa-se assim que no *civil law* a forma principal de aplicação do direito, isto é, a forma com a qual se dá fundamento a uma decisão judicial, é por meio de um processo em que o “Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)” (Kelsen, 2009, p. 263). Ocorre a utilização, portanto, do raciocínio dedutivo, que advém da tradição romano-germânica (Ferraz, 2017).

No *common law*, por outro lado, o raciocínio utilizado é o indutivo, vez que não existe lei prévia para se orientar no processo decisório do caso em concreto; ao contrário, a partir da observação do caso a ser decidido, o juiz segue para análise do *case law*, a sentença/decisão paradigma vinculante anterior, que pode ser utilizada como fundamento no caso concreto, pela análise das similaridades entre os casos (Spriggs; Hansford, 2001).

Logo, definidas as duas principais formas de raciocínio utilizada em cada sistema na argumentação fundamentadora das decisões judiciais, cabe entender, dentro do sistema brasileiro (em regra, de *civil law*), quais são as normas gerais e abstratas de onde o magistrado retira os conceitos e determinações a serem aplicados no caso concreto.

Trata-se de matéria de Fontes do direito. Norberto Bobbio, ao se posicionar quanto às citadas fontes, as define como fatos e (ressalte-se) atos dos quais o ordenamento jurídico depende para que possa produzir normas jurídicas; este

ordenamento mesmo, subsistente que é, cria formas de regular o modo como serão produzidas estas fontes (Bobbio, 2010).

Miguel Reale define fontes de direito como processos ou meios pelos quais se positivam as regras jurídicas, com necessária (e o mais importante, legítima) força obrigatória, em uma estrutura normativa (Reale, 2002). Tais fontes se originam/manifestam de diversas formas, quais sejam, o processo legislativo, usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional, e a produção acadêmica/doutrina, sendo que Reale ainda menciona/qualifica a fonte negocial/contratual, embora seja tal ponto controvertido na doutrina pátria.

Dito isto, quanto à jurisprudência, uma das fontes do direito citadas, tem-se como sendo o direito constituído/processado através do exercício da jurisdição (dos órgãos de julgamento), ou seja, por meio de decisões dos tribunais (Reale, 2002). Com isso, os tribunais criam a já mencionada norma particular, aplicando seu entendimento da lei, ao caso concreto.

Essas decisões, então, podem ser utilizadas como referência para a decisão de casos análogos, embora, no Brasil, a jurisprudência seja, em termos formais, uma fonte secundária, conforme previsão da Lei 4.657/42, Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Lindb), art. 4º e seguintes.

Definidas as principais formas de fundamentação dos sistemas de direito ocidentais, e expostas as principais fontes de direito a serem utilizadas em tal processo argumentativo, cabe ressaltar o porquê da importância dada à fundamentação per se.

Ao art. 93, IX da Constituição Federal brasileira, tem-se a previsão do princípio da motivação das decisões judiciais. Tal necessidade de motivação já foi vista como uma espécie de garantia das partes, objetivando possibilitar sua impugnação por meio de reforma. Na contemporaneidade, porém, esta necessidade de motivação salienta também uma função política, pela qual não só as partes litigantes (e o juiz) são afetados pelo decisum, como toda a comunidade o é, com fins de se aferir concretamente a imparcialidade do juiz e a legalidade das decisões (Bueno, 2020, v. 1).

Obviamente, o dever de fundamentar as decisões judiciais não significa que eventual incompletude de fundamentação ensejará na nulidade da decisão; são toleradas omissões eventuais de fundamentação, se relacionadas a pontos colaterais ou não essenciais do litígio principal. “O que não se tolera são as omissões no essencial, que violariam os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença”, (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 100).

Logo, a avaliação de motivação ou não da decisão, imprescindível, é algo a ser avaliado casuisticamente, reputando não motivada apenas a decisão que, por se omitir quanto a fatos ou direitos, acabe por gerar uma decisão diversa da que seria se não houvesse a citada omissão.

A preocupação com a fundamentação das decisões judiciais advém da ideia de organização e segurança do direito; com uma decisão fundamentada, o querelante (bem como a sociedade em geral) pode compreender o porquê de o magistrado decidir pelo conceder ou não dos pedidos por ele feitos; pode recorrer da decisão, caso considere que a fundamentação não se aplica ou está incorreta;

pode exercer um direito já garantido (no direito romano) na lei ou em princípios e valores orientadores da atividade jurídica (Medina, 2013).

No sistema jurídico de tradição conforme o *civil law*, os fundamentos da decisão expõem quais previsões legais estão sendo aplicadas no caso concreto, com a utilização de jurisprudência, princípios e eventualmente costumes (fontes secundárias de direito) como orientadores da interpretação que se deu ao dispositivo legal. É por meio dela que a previsibilidade existente por conta da determinação (previsão) legal se perfectibiliza.

Essa previsibilidade, de fato, caracterizaria na visão do jurista e sociólogo alemão Max Weber, o direito positivo clássico como a representação de um direito devidamente racional (Kronman, 2009), a ser almejado pelas sociedades por ser o “ápice” da organização e coerência do direito (ressalte-se que ele viveu em um ambiente de positivismo científico, cognitivismo interpretativo e logicismo), pelo qual se traz a necessidade de justificação da decisão judicial.

Isto pois, não havendo mais referência a uma autoridade incontestável como um oráculo ou mensageiro divino (autoridades anteriormente determinadoras de um direito primitivo e menos racional), o homem precisa se justificar quando decide para outro homem. Ocorreu então o denominado “desencantamento do direito”, com a transição do poder de julgar do transcendental para o humano, onde “surge a necessidade de demonstração racional da decisão e, acompanhada dela, uma espécie de previsibilidade dotada de sentido.” (Marinoni, 2019, p. 32).

Passando o *civil law*, porém, por alterações decorrentes do constitucionalismo e uso de cláusulas gerais (Marinoni, 2019), tem-se um sistema onde a tão almejada previsibilidade garantida pela previsão normativa geral e abstrata, supostamente absoluta sobre os tutelados pelo ordenamento, acaba por diminuir consideravelmente

Isto pela (necessária, ressaltando-se) observância dos direitos fundamentais, dos fatos concretos, dos princípios e valores a serem analisados em cada decisão e em cada instância julgadora. Pela inexistência de separação entre aqueles juízes que podem julgar tais questões abertas e os que não o podem, bem como a não observância das decisões já exaradas anteriormente e por outros tribunais; tudo contribuindo para a formulação de uma situação de discordância e certo caos, por não se ter segurança quanto ao resultado da lide, e do que a norma prevê ou não.

O *common law*, ao seu turno, inobstante não seja um sistema organizado da forma estruturada por Weber, ainda se encaixa no requisito da previsibilidade, mesmo sendo um sistema “menos racional” juridicamente que os sistemas positivados. Isso pela existência da *stare decisis*, a ideia de vincularidade possuída pelos precedentes - ficar com as coisas decididas (Alvim; Dantas, 2019), que traz a previsibilidade necessária a um sistema racional de direito, por acarretar a necessidade de justificação, feita em normas devidamente averiguadas e reconhecidas como autoridade – o precedente vinculante (Marinoni, 2019).

Cabe então pontuar que a *stare decisis* do *common law*, por sua vinculação e encadeamento lógico de decisões, posicionamentos e entendimentos judiciais, pode ser uma forma de resgatar a previsibilidade objetivada, ao determinar o que pode ser utilizado como fundamento decisório, e a quem compete emitir tais decisões (precedentes) vinculantes (Eisenberg, 1998, p. 101).

Portanto o *civil law*, por sua estrutura, requer a justificação dos resultados obtidos pelos magistrados quando do exarar de decisões, vez que sendo a autoridade um humano, se espera a fundamentação e explicação do porquê daquele resultado encontrado – baseada, em regra, na legislação escrita, reconhecida por meio do Estado e do pacto social como detentora de vinculação e regramento da sociedade.

No direito consuetudinário, a justificação é igualmente necessária, vez que pelo instituto da *stare decisis* a autoridade de uma decisão é reconhecida pela sua observância do decidido anteriormente em outros casos, evidenciada pelo uso de precedentes vinculantes.

Ao primeiro sistema, tem-se definidos e qualificados em norma escrita a sua racionalidade, abrangência e organização, gerando com isso previsibilidade, tão cara ao direito. Ao segundo sistema, tem-se em regra um ambiente de menor racionalidade e determinação escrita, mas que possui previsibilidade por meio da *stare decisis* e, assim, é organizado e funcional.

No sistema brasileiro, porém, a interpretação não é mais orientada pela clássica teoria cognitiva, ou seja, não é uma “investigação” por parte do juiz, que conhece e declara o conteúdo da lei implícito no texto legal, preso a uma norma preexistente, como um simples enunciado descritivo.

Ao contrário, o magistrado é visto como intérprete valorativo da norma (a qual, portanto, não é mais implícita no texto legal, não sendo preexistente à interpretação), pelo que ele decide por um dos resultados interpretativos possíveis, reconstruindo a norma a partir dos elementos relacionados ao texto legal, ao caso, a princípios e outros pontos relevantes (Marinoni, 2019).

Surge então a necessidade de se atribuir sentido ao direito ou, mais importante, definir a interpretação adequada do texto legal, ponto a ser feito em regra pelas cortes superiores, as quais decidirão fundadas em uma argumentação racional, justificando a opção interpretativa e atribuidora de sentido realizada, ganhando com isso o direito, autonomia em relação à Lei.

A decisão da corte superior, quando expressar o sentido do direito, direcionará decisões de juízos e instâncias inferiores, bem como orientará a vida social *per se* – trará unidade ao direito e, então, previsibilidade. Por tal qualidade, suas decisões precisam necessariamente possuir autoridade competente para tanto, onde se desenvolve a sua qualificação como precedentes, com a influência e atuação da *stare decisis* (Medina, 2023, p. 191).

Em um ambiente como o brasileiro, portanto, onde a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e a transformação do próprio direito desenvolveram uma nova racionalidade jurídica do *civil law*, a utilização de precedentes obrigatórios talvez não seja apenas possível, como também necessária, visto que pode trazer previsibilidade em âmbito de decisões judiciais, as quais até então não são estritamente definidas como sequenciais e com necessária observância de precedentes anteriores, como se passou a prever com o art. 927 do CPC e seu sistema de precedentes, como se discutirá em sequência.

3 PRECEDENTES E O SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Não é nova a discussão quanto a inalterabilidade ou não do conceito de sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, bem como sua divisão e aplicação em certos países (anglo-americanos e romano-germânicos, respectivamente). Isto, por ser crescente nos países do *civil law* a força das jurisprudências e precedentes, enquanto nos países de *common law* cresce o elaborar e utilizar de leis (Souza; Bellinetti, 2019). O Brasil, ao seu turno, como país reconhecido por utilizar o sistema do *civil law*/direito romano, não poderia deixar de ser afetado por tais alterações sistêmicas.

É observável na prática jurídica e na atuação do judiciário brasileiro a força normativa experimentada pela jurisprudência, onde aquela que deveria ter papel secundário (se não ainda menor) em termos de fundamentação normativa, passa a ter aparente papel primário (senão fundamental) na aplicação do direito.

Como exemplo, tem-se o (i) Recurso Extraordinário 888.815, STF, que determinou a redação de Legislação sobre educação domiciliar (judiciário, decisão judicial, criando e determinando um direito – no caso, da não inconstitucionalidade da educação domiciliar no Brasil); e a (ii) ADO 26/DF, STF, que equipara condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, até que sobrevenha lei específica sobre o assunto. Ambas as produções legais, até o presente momento, não ocorreram/se finalizaram.

Logo, tem-se duas situações em que a decisão judicial não apenas resolveu a situação particular trazida à juízo, não apenas retratou o descrito no texto lei, como também se tornou norma jurídica referencial para decisões judiciais posteriores (ainda, determinou a produção de legislação ao Congresso Nacional, ou seja, estava(m) imbuída(s) de certo grau de poder orientador/normativista para tanto – ainda que não esteja o legislativo obrigado a seguir tais decisões).

Nesta situação, entra em cena o já mencionado princípio da motivação da decisão judicial. Por ele, a decisão judicial deve possuir fundamentação jurídica (em normas jurídicas), devidamente vinculada à situação concreta, para que a conclusão lógica resultante possa ser reconhecida como devidamente jurídica (existente, válida e eficaz).

Entre tais modalidades de fundamento, tem-se a citada jurisprudência, a qual cada vez mais tem sido utilizada como fundamento de decisões judiciais anteriores, mesmo que ela não possua força vinculante ou ordem de utilização definida, e inobstante nosso sistema normativo (positivo/*civil law*) primar pela utilização da legislação, da vontade popular positivada em texto, sobre a produção reiterada dos tribunais.

Além disso, em vista do abarcar por nosso sistema de fundamentos que não o textual-legal (além da jurisprudência – princípios, referências a direitos fundamentais, costumes), desenvolvem-se situações em que o julgador traz sentido ao direito e atua como criador de norma jurídica, onde a lei escrita não trazia definição ou era muito vaga, como em cláusulas abertas (Mitidiero, 2023, p. 68-71).

Ocorre que tal produção de entendimentos, ao contrário da Lei escrita, não passa por um sistema legal certificado e ordenado de produção; ainda, não possui

um entendimento geral (vista a quantidade de tribunais existentes), como a legislação escrita possui.

Embora se considere as decisões judiciais como criadoras de normas interpartes, elas não possuíam força vinculatória para outros casos, podendo apenas ser utilizadas como jurisprudência quando advindas de tribunais, isto é, normas secundárias em nosso ordenamento. Cria-se um ambiente de insegurança jurídica, onde a previsibilidade que deveria advir da norma escrita (no sistema brasileiro, orientado pelo *civil law*) é diminuída, quando sequer existente.

Como possível forma de alterar tal situação, surgiu a referência ao sistema de precedentes do *common law*, para organizar e entender este fenômeno, bem como se utilizar da hierarquia judiciária (sistemas de instâncias e divisão por matérias/searas) para tanto.

Antes de tal discussão, porém, cabe melhor definir o que é precedente. Tal instituto processual, em sua modalidade original (isto é, no direito anglo-saxão, que o desenvolveu), é basicamente uma decisão anterior que, por sua similaridade a um caso posterior (e agora em análise), será utilizada como referência e fundamentação orientadora da decisão a ser exarada no caso presente (Didier Jr., 2019).

Por sua vincularidade, portanto, o precedente deve não apenas ser visto como uma vista ao passado (à decisão anterior, orientadora da presente) mas também como uma orientação ao futuro (a decisão presente será o precedente do futuro). A decisão do presente sempre poderá ser referenciada no futuro, e se espera que os julgadores, quando do raciocínio de suas decisões, atentem-se a tal fato (Schauer, 1987).

Como exemplo, um juiz que decida sobre um valor alto para a indenização pelo Estado à particular por falha de prestação de serviços públicos, deve, pela lógica do precedente, levar em consideração futuros casos que podem surgir e sejam semelhantes ao presentemente julgado; se a máquina pública poderá indenizar, se não se utilizará a decisão como referência para casos privados, entre outras possíveis consequências.

Logo, na elaboração do precedente (e, de fato, de qualquer decisão judicial), é importante levar em consideração as consequências e a influência que tal decisão terá no futuro. Isso, pela força vinculante inerente, nos países orientados pelo *common law*, da *ratio decidendi* (ou, para os norte-americanos, *holding*).

A *ratio decidendi*, elemento essencial do precedente, é o fundamento jurídico que sustenta a decisão. É a argumentação/hermenêutica utilizada que dá causa ao resultado decisório, ou seja, sem ela, não se teria a conclusão como ocorreu. Ela decorre da fundamentação do julgado – não com ela se confundindo, mas sim se encontrando (Marinoni, 2010) – originando a conclusão encontrada pelo magistrado (Didier Jr., 2019).

A *ratio* (que pode ser traduzida como “razão para a decisão”) é o princípio (o “*ruling on a point of law*”) extraído da fundamentação; ela é/são os motivos que determinaram a decisão, portanto; são os “passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, a ser construído à luz dos fatos da causa de onde se originou e que destes não se abstrai” (Ferraz, 2017).

Ou seja, a *ratio decidendi* é o porquê de o caso ter tido a conclusão que teve. Por tal característica, ela é vinculante pois pode ser extraída da decisão e, a partir disso, se reproduzir para casos com circunstâncias/características semelhantes, onde será aplicada como fundamentação, que então será aplicada em nova decisão, e assim por diante, unificando o direito.

No direito brasileiro, tradicionalmente positivo e não consuetudinário, o ideal de precedente vem sendo cada vez mais utilizado. Ao projeto original da Câmara de Deputados (PL 8.046/2010), para o Novo Código de Processo Civil, por exemplo, existia, ao contrário do texto que veio a ser aprovado, determinação e regulação completa de um sistema de precedentes, para maior organização desta situação (Macedo, 2015).

Ao código efetivamente aprovado e hoje vigente, porém, tem-se primeiramente a previsão, ao § 2º do art. 926, da necessidade de observação pelos tribunais, das circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. A seguir, tem-se o denominado pela doutrina como “sistema de precedentes brasileiro”, vez que o legislador previu tipos de decisões expedidas por tribunais, capazes de se caracterizarem como precedentes, ao art. 927 do CPC.

Por tal previsão legal, é possível observar que o CPC registrou uma diferença dos precedentes previstos no *common law*, dos que serão utilizados no Brasil. Isto pois ele qualifica como precedentes decisões que apenas por seu tipo/natureza já serão de antemão reconhecidos como tal, isso é; não precisarão vir a ser estudados e deles retirada a *ratio decidendi*, para então serem utilizados em uma decisão posterior como fundamentação da conclusão, para serem nomeados como precedentes. O simples fato de serem decisões inclusas no rol dos incisos do caput do referido art. 927, já as qualificarão como precedentes, e precedentes obrigatórios.

Outro ponto a se ressaltar, é o registro em referido artigo (§ 2º - “A alteração da tese...”) e principalmente ao caput do art. 985 do mesmo diploma legal (“Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada”), de se ter como elemento vinculante (regra, comportando-se exceções) a tese jurídica da decisão, e não a sua *ratio decidendi*.

A tese jurídica é nada mais que o enunciado da decisão, ao final do julgamento, gerando então uma norma geral abstrata, a poder ser utilizada em casos iguais, não tendo, portanto, a amplitude da *ratio decidendi*, e não possuindo nenhum elemento de fundamentação – impedindo a sua consideração na análise de aplicabilidade em eventuais casos similares mas não iguais (Ferraz, 2017).

Embora sejam as teses jurídicas mais limitadas que a *ratio decidendi* na aplicação de precedentes, é fato que o art. 927 e o art. 985, ambos do CPC, determinam a sua observação. Logo, as manifestações dos tribunais deixaram de exercer mera influência no espírito dos aplicadores da Lei, mas passaram a integrar o conjunto de normas a serem observada, quando da aplicação do direito em decisões judiciais.

Nisto ainda, tem-se o reforço do art. 489, §1º, VI, do CPC, que determina não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocada(o) pela parte (Dinamarco, Badaró, Lopes, 2020).

Nesse contexto, Cassio Scarpinella ressalta que a constatação da tendência existente de valorização da força normativa das decisões judiciais (referidas aos arts. 926 e 927 do CPC) não implica o abandono pelo direito brasileiro do sistema do *civil law*, ou sequer em uma criação/importação de um sistema de precedentes – o que para ele seria apenas o “complexo de vira-lata do brasileiro” (Bueno, 2020, v. 1, p. 120-121) – mas sim que tal valorização ocorre pelo potencial que as decisões dos Tribunais podem ter na interpretação e aplicação do direito, vista a necessidade de se garantir isonomia, segurança e previsibilidade no ordenamento. Ressalta ainda o papel paradigmático da jurisprudência, alterador e orientador do direito, *per si* (Bueno, 2020, v.1).

Inobstante, Scarpinella se posiciona no sentido de que é fato inquestionável que a previsibilidade, isonomia e segurança jurídica são indispensáveis à ordem jurídica e que o sistema de precedentes do *common law* é/seria a forma ideal de lidar com tais princípios (Bueno, 2020, v. 2).

Tal não impede o doutrinador de ressaltar que o real objetivo do art. 926 a 928 do CPC/2015 não seria o da criação de um sistema de precedentes brasileiro, mas sim assegurar que as decisões proferidas pelos Tribunais (superiores, de Justiça e Regionais Federais) sejam efetivamente acatadas pelos demais juízos, trazendo previsibilidade e segurança, coisa que ao momento não acontece efetivamente:

O que há – e é muito diferente – é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de 1973 (abandonando a já mencionada e sempre esquecida “uniformização de jurisprudência”) no sentido de que, *se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de processos e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico entre os jurisdicionados. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram e o que inquestionavelmente querem. Nada mais do que isso* (Bueno, 2020, v. 2, p. 421, grifo nosso)

O ponto da necessidade de uma regulação e alteração de conduta neste sentido, portanto, não muda. Junto a isto, se considerarmos que o sistema de precedentes inspirado no *common law* (mesmo que não igual ao modelo anglo-saxão) é uma das formas e métodos acessíveis ao sistema brasileiro, principalmente considerando a citada estrutura do art. 926 e ss do CPC, infere-se que a sua utilização pode ser produtiva.

Nesse sentido, Marinoni ressalta a função do Poder Judiciário frente à Lei, qual seja, de interpretação e atribuição de sentido ao texto legal, em conformidade à evolução das necessidades sociais e particularidades do caso concreto (Marinoni, 2019).

Por força disso, é imprescindível que o direito criado pelos tribunais (especialmente STJ e STF, as cortes superiores) possua estabilidade e continuidade, trazendo a necessidade, então, de observação de precedentes (obrigatórios), de forma a se garantir a igualdade/isonomia jurídica, vez que não é mais ela garantida apenas pelo texto escrito legal. Isto, pois “a força obrigatória do

precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema” (Marinoni, 2017, p. 19).

Marinoni aponta ainda que as Cortes superiores não podem se limitar a apenas corrigir a aplicação da lei para resolver o caso em comento, com foco apenas em uma conclusão. Devem também conhecer as razões justificadoras da decisão e sua escolha/forma de interpretação, para ocorrência da *ratio decidendi*, que dá corpo a um precedente, tornando-o aceitável, racional, e aplicável a casos futuros, de forma a não se restar limitada a utilização dos precedentes apenas à Tese Jurídica atualmente utilizada.

O doutrinador levanta o problema da não utilização de todas as decisões proferidas pelas cortes superiores (as quais, por sua interpretação do art. 927 do CPC/2015, possuiriam prerrogativa para criação de precedentes) como orientação decisória (como precedentes), vez que, ao menos teoricamente, todas as decisões das cortes superiores teriam prerrogativa vinculatória (teriam *rationes decidendi*).

Logo, seria/é um erro negar eficácia obrigatória às decisões, por exemplo, de Turmas e Seções, e não as organizar/hierarquizar em comparação com decisões “vinculantes”, ou em comparação com súmulas – as quais o autor especificamente critica, por não terem conseguido efetivamente trazer unidade ao direito, vez que abstratas e não fundadas em casos práticos, o que, ao seu turno, impede sua função como precedentes – seu espelhar em casos reais/concretos/fáticos, onde a *ratio decidendi* se inseriria (Marinoni, 2017).

Logo, Marinoni defende a utilização de precedentes no sistema brasileiro, mas expressamente ataca a utilização limitada deles, quando restrita ao instituto da tese jurídica e apenas às modalidades decisórias previstas nos incisos do caput do art. 927 do CPC.

Taís Ferraz, em posicionamento similar (mas não igual), entende que o sistema de julgamento brasileiro deve ser repensado para fins de que possa ser plenamente aplicado o sistema de precedentes previsto no art. 927, isto é, deixando de ser seu elemento vinculante apenas a tese, mas sim permitindo uma convivência dela com a *ratio decidendi* (Ferraz, 2017).

Tal proposta não excluiria a necessidade de análise de toda a decisão do precedente, vez que inerente ao estudo da *ratio* conforme os moldes do *common law*, mas ainda assim tornaria possível a integração destes dois pontos.

Inobstante, tem-se por fato que a desregulação quanto à força das decisões judiciais em termos de fundamentação, bem como a inobservância pelos juízes brasileiros das demais decisões exaradas no país (seja em igual grau, seja em graus superiores), gera clara imprevisibilidade no direito e, por consequência, insegurança jurídica.

Com um sistema de precedentes – mesmo que defeituoso/incorreto em comparação com suas origens no *common law*, ou seja, mesmo que um sistema “à brasileira” – e a determinação de obrigatoriedade de observância (portanto, vincularidade) de certas decisões por toda e qualquer instância (até mesmo pela própria corte que a exarou), a sua observância e emprego hão de gerar maior previsibilidade.

Isto, na maneira defendida por Scarpinella (pela obediência dos órgãos julgadores aos tribunais respectivos superiores), por Marinoni (regramento e organização do direito pátrio) e por Schilling (utilização fundamentada – mesmo que não idealmente – das decisões judiciais precedentes).

A questão das decisões judiciais como fonte de direito e, portanto, instrumento de fundamentação, não foi por tempos devidamente tutelada por nosso ordenamento, visto sua preferência pela utilização da lei como tal (vez que fonte primária de direito), deixando as decisões renegadas ao cargo de fontes secundárias/acessórias.

Com a alteração do direito e das demandas a ele trazidas, e da responsabilidade da jurisdição para interpretar e valorar a lei para fins de criar norma jurídica casuística com potencial aplicação geral, a sistematização das decisões judiciais tornou-se necessária, além da utilização da hierarquia de Kelsen (vez que mesmo neste modelo, as decisões judiciais ainda são fontes secundárias).

Com o sistema de precedentes devidamente positivado (relembre-se que o Brasil possui organização de direito conforme o *civil law*), tal organização e sistematização é possível. Não se ignora que o sistema de precedentes brasileiro inscrito na letra da lei seja deveras restrito e incompleto, mas sua previsão legal permite a organização do sistema e o retorno da previsibilidade jurídica, perdidas em uma época de inovação judiciária e falta de sistematização decisional.

Com o tempo e devido atuar dos juristas e doutrinadores, tal sistema pode vir a ser refinado, alcançando eventualmente um real e integral sistema de precedentes, com a utilização da *ratio decidendi*, e conseqüente refinamento da argumentação e atuação jurídicas. Quanto a isso, porém, cabe discussão em outro momento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro possui configuração historicamente orientada pelo *civil law*, de forma que sua principal fonte de direito é a legislação escrita. Com isso, a segurança jurídica e previsibilidade do direito seriam garantidas pela norma expressa em lei, a sempre ser seguida pelo magistrado, que replicaria/aplicaria o previsto em lei, ao caso concreto levado ao Judiciário.

Referido sistema, porém, passou por diversas transformações e evoluções durante sua história, sendo afetado principalmente pelo (neo)constitucionalismo e uso de cláusulas gerais, onde todas as normas devem ser interpretadas conforme a constituição e principalmente seus direitos fundamentais, trazendo assim abertura à interpretação regulada por conceitos não expressos em lei, mas sim orientadores da constituição, dos direitos fundamentais, e do ordenamento como um todo.

Logo, o magistrado não mais meramente replica o previsto em lei ao caso concreto, mas sim, após o devido processo interpretativo-argumentativo, gera nova norma jurídica, com eficácia interpartes, mas com influência no mundo exterior.

De forma diversa, países de ascendência anglo-saxã, orientados que são pelo *common law*, têm como fontes primárias de direito o costume e, principalmente

(e de fato, em decorrência dele), decisões judiciais anteriormente exaradas – os precedentes.

Por tal organização e pela obrigatoriedade de seguimento existente nesses precedentes por força da *stare decisis*, referido sistema possui previsibilidade e, assim, segurança jurídica, pois na existência de um precedente que verse sobre o assunto – um precedente onde a *ratio decidendi* (as razões da decisão), verdadeiro ponto vinculante do precedente verse/tenha semelhança com o assunto – existe um resultado a ser esperado, trazendo segurança ao direito e seus operadores.

Com a realidade sistemática e interpretativa do Brasil, porém, onde não existia regulação expressa quanto às decisões judiciais e seus efeitos (vinculantes ou não, organizados ou não), a previsibilidade foi deveras diminuída, pois enquanto um tribunal decide de forma X sobre assunto, outro decide de forma Y, e nada se resolveria até a eventual resolução de recurso sobre tal discordância, se é que tal recurso fosse interposto, ou conhecido, ou provido.

O produto de tal cenário é a insegurança jurídica, pela qual o sistema jurídico, que deveria ser fonte de segurança e ordem, se torna um ambiente aberto e vulnerável, onde não se tem certeza da existência ou não de direitos e deveres, tão caros à ordem e coesão social.

Nessa realidade, e levando em consideração a organização trazida pelo art. 927 do CPC/2015, com a determinação de um sistema de precedentes brasileiro, tal realidade de imprevisibilidade pode ser alterada pela observância dos precedentes ali determinados. Isso pela natureza própria do precedente, onde casos tratando de situações semelhantes não de ser sempre julgados conforme decisão anterior relativa à mesma situação (à decisão *precedente*) a não ser em caso de distinção de tal precedente, pela qual se requer obrigatoriamente um esforço argumentativo que por si retira a insegurança.

Não se ignora que referido sistema de precedentes não é igual ao seu homônimo anglo-saxão, tanto pela questão do elemento vinculante (tese e não *stare decisis*), quanto pela determinação de tipos específicos de decisões como precedentes (os previstos nos incisos do *caput* do art. 927 do CPC) ao invés do desenvolvimento natural e orgânico dos precedentes previsto pelo *common law*.

Tal diferenciação com relação ao precedente clássico é inclusive alvo de críticas, como a posição de Scarpinella, no sentido de que a determinação dos arts. 926 e 927 do CPC não são para a criação de um sistema de precedentes, mas sim para a determinação do caráter paradigmático e organizador que a decisão judicial possui no ordenamento pátrio. Ou ainda o posicionamento de Ferraz, no sentido de que o sistema de precedentes deve ser interpretado de forma a abarcar a completude do sistema anglo-saxão, ao máximo possível.

Inobstante, é fato certo que o precedente, por sua natureza organizadora, tem claro potencial de trazer previsibilidade e organização à um sistema fragilizado pelas inúmeras possibilidades de interpretação e decisão sem vinculatividade determinada, principalmente quando se trata de um sistema de precedentes com caráter vinculante previsto em lei, acentuando a sua aplicabilidade – mesmo que tal sistema de precedentes não esteja previsto no texto legal em sua completude (em comparação aos seus originadores no *common law*).

Conclui-se, portanto, que a utilização e observação do sistema de precedentes brasileiro previsto ao art. 927 do CPC/2015, por mais que “à brasileira”, tem largo potencial de unificação e previsibilidade ao direito brasileiro, por sua natureza própria, trazendo assim a segurança jurídica necessária ao devido funcionamento do ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial e recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Recurso online.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: JusPodivum, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Reprint edition. London: Harvard University Press, 1998.

FERRAZ, Thais Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 265, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. São Paulo: Elsevier. 2009.

MACEDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In.*: DIDIER Jr., Fredie (org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *In*: FREIRE, A. *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos, e precedentes**: prática nos tribunais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245, jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

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

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, fev. 1987. Disponível em: <http://www.nonpublication.com/schauer.htm>. Acesso em: 03 fev. 2023.

SOUZA, R. F.; BELLINETTI, Luiz Fernando. Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Belém, PA. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: Conpedi, 2019. v. 1. p. 62-77.

SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court Precedent. **The Journal of Politics**, v. 63, n. 4, p. 1094, 2001.