

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LUCAS PETRY PINTO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: USO E EVOLUÇÃO
NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA**

**CURITIBA
2018**

LUCAS PETRY PINTO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: USO E EVOLUÇÃO
NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
aprovação do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Professora Tatiana Denczuk.

**CURITIBA
2018**

LUCAS PETRY PINTO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: USO E EVOLUÇÃO
NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, banca examinadora formada pelos
professores:

Orientadora: _____

Prof^a. Tatiana Denczuk

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Para meus pais, Glaucia e Jandir.

AGRADECIMENTOS

Eis a monografia com a qual concluo minha graduação em Direito. O final de uma longa jornada voltada ao estudo das ciências jurídicas.

Fazer uma tese requer dedicação, requer da pessoa um afastamento do mundo por um período de tempo e, principalmente em momentos como esse, é possível vislumbrar o valor das pessoas em nossas vidas, pela falta que nos fazem.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Gláucia e Jandir, pois sem eles, não existiriam nem ensaios das primeiras linhas desse trabalho. Obrigado pela confiança depositada nas decisões que fiz na minha vida, pelo apoio nos momentos mais difíceis e pela educação, amor e amizade, sempre presentes em nossa família.

Agradeço ao meu irmão, Ramon, pelo carinho, pela amizade e pelas longas conversas.

Aos meus amigos, alguns que me acompanham desde longos anos e outros que fizeram parte de minha rotina diária na Faculdade de Direito, agradeço a vocês pelas alegrias vivenciadas, pelos períodos de debates e de trocas de conhecimento, ocasiões que sempre agregaram em minha trajetória acadêmica.

Aos professores da Faculdade de Direito, pelos importantes conhecimentos transmitidos.

À professora Tatiana Denczuk, minha orientadora nessa monografia, por fazer o Processo Civil se tornar algo central em minha vida, um agradecimento especial por ter um papel importante em minha trajetória acadêmica, obrigado pela amizade, pela orientação e pelas preciosas lições passadas.

Ao professor Sandro Balduino Moraes, pelos debates, conversas e conhecimentos passados, obrigado pela amizade e solicitude.

Felizmente, tive sorte na minha vida de conhecer pessoas com corações tão bons, minha jornada acadêmica e minhas rotinas de estudo, com certeza, teriam sido bem menos felizes sem vocês. Obrigado!

RESUMO

O presente estudo propõe-se a analisar de forma sistemática e crítica o uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das mais novas mudanças na legislação constitucional e do Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de conferir maior valor e uniformizar a jurisprudência, sob a pretensão de garantir maior isonomia, segurança jurídica, imparcialidade e celeridade aos processos.

Para esse fim, a primeira parte discorre historicamente sobre os sistemas de *common law* e *civil law*, mostrando suas utilizações tanto em países de origem anglo-saxônica, como de tradição romano-germânica, assim como a historicidade do sistema de precedentes nesses sistemas. No segundo capítulo, estuda-se a doutrina dos precedentes vinculantes, suas principais características e institutos elementares, tanto para forma de seu reconhecimento, pela *ratio decidendi* e *obiter dictum*, como suas formas de superação, pelos institutos de *distinguishing* e *overruling*, nessa parte mostra-se o precedente em seu âmbito externo, diferenciando-o de outros institutos, como a jurisprudência, a decisão judicial e as súmulas, vinculantes ou não. O terceiro capítulo estuda como vem ocorrendo a inserção de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, materialmente via acontecimentos externos e processualmente por várias passagens no Código de Processo Civil de 2015 e, por fim, o trabalho chega ao seu objetivo, mostrando a importância e as vantagens de uma teoria de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro no contexto atual.

Palavras-chave: precedente judicial; *ratio decidendi*; *stare decisis*; jurisprudência.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	8
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW	10
2.1 O SISTEMA INGLÊS DA COMMON LAW	10
2.1.1 Precedentes Na <i>Common Law</i> Inglesa.....	15
2.2 COMMON LAW E O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	16
2.2.1 Precedentes Na <i>Common Law</i> Dos Estados Unidos Da América	19
2.3 O SISTEMA CIVIL LAW.....	20
2.3.1 Precedentes Na <i>Civil Law</i>	22
3 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	24
3.1 COMMON LAW E STARE DECISIS	24
3.2 COMPONENTES ELEMENTARES DE UM PRECEDENTE: <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBITER DICTUM</i>	26
3.2.1 <i>Ratio Decidendi</i>	26
3.2.2 <i>Obiter Dictum</i>	29
3.3 DIFERENCIAÇÃO E SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE: O <i>DISTINGUISHING</i> E <i>OVERRULING</i>	30
3.3.1 <i>Distinguishing</i>	30
3.3.2 <i>Overruling</i>	33
3.4 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTES, JURISPRUDÊNCIA, DECISÃO JUDICIAL E SÚMULAS	34
3.4.1 Precedente E Jurisprudência.....	34
3.4.2 Precedente E Decisão Judicial	36
3.4.3 Precedente E Súmulas	37
4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
4.1 APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS COMMON LAW E CIVIL LAW	39
4.1.1 Impacto Do Constitucionalismo E Dos Direitos Humanos	40
4.1.1.1 Revolução dos direitos humanos.....	41
4.1.1.2 Judicialização da política	42
4.2 SISTEMA DE VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES.....	44
4.2.1 Aplicação Dos Precedentes Pelo CPC De 2015.....	46
4.2.1.1 Hipóteses de vinculação e o art. 927 do CPC/2015	46
4.2.1.2 Fundamentação do precedente e o art. 489, §1, do CPC	51
4.2.2 Crítica À Aplicação Dos Precedentes	52
4.3 IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL ..	53

4.3.1 Da Segurança Jurídica	53
4.3.1.1 Da previsibilidade	54
4.3.1.2 Da estabilidade	56
4.3.2 Da Igualdade	56
4.3.3 Da Celeridade E Economia Processual	58
4.3.4 Da Garantia Da Imparcialidade Judicial.....	59
4.3.5 Da Ordem Jurídica E Do Duplo Grau De Jurisdição	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Constitui preocupação deste trabalho evidenciar que a adoção de um sistema de precedentes judiciais pode contribuir amplamente para o aperfeiçoamento da função jurisdicional no país.

Atualmente, à luz do Código de Processo Civil e da doutrina, nota-se na comunidade jurídica um apoio cada vez maior ao uso dos precedentes judiciais, com perspectiva de um sistema com maior igualdade e segurança jurídica.

As decisões judiciais no Brasil – e nos países de *civil law* em geral – guardam pouco grau de estabilidade, variando constantemente de sentido na resolução de casos idênticos. No dia a dia forense, é possível constatar, sem muita dificuldade, a existência de decisões judiciais conflitantes entre si, estabelecidas com sentidos opostos para a resolução de casos que possuem a mesma hipótese fática.

Ademais, não apenas a segurança jurídica é fim para o uso dos precedentes judiciais, mas também é uma postura capaz de gerar maior celeridade processual, garantindo maior efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, assim como o princípio da isonomia, pontos que serão igualmente abordados nesse trabalho.

Por muito tempo foi possível crer que a garantia da “igualdade de todos perante a lei” fosse suficiente para assegurar um tratamento igualitário do Estado em relação aos particulares. Porém, a evolução da teoria do Direito - no sentido de deslocar a atenção da figura do legislador para a do juiz - demonstrou que a lei já não é capaz de sozinha tutelar os valores que estão na origem da formação do Estado de Direito.

Ademais, no direito brasileiro contemporâneo, a decisão do juiz é vista com um ato unilateral e singular, disfarçado pelas falsas autonomia e liberdade que o juiz da *civil law* possui. O uso de um sistema de precedentes, entretanto, coloca a decisão judicial como fruto de um sistema globalizado de decisões judiciais, a coloca em um núcleo coletivo, algo que é construído por todo Poder Judiciário, principalmente pelas Cortes que são legitimadas na Constituição Federal para dar unidade ao direito – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal para matéria constitucional e o Superior Tribunal de Justiça para lei federal.

Os sistemas da *common law* e *civil law* vêm sendo, ultimamente, cada vez mais aproximados. Não se deve confundir a doutrina de *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes) com o sistema *common law*, visto que este último nasceu séculos antes sem o primeiro, funcionando muito bem em determinada época¹. A doutrina do *stare decisis* veio em decorrência de uma necessidade de maior segurança jurídica e se adequou perfeitamente ao sistema da *common law*.

Deve-se ter em mente a possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro. Entretanto, não é tarefa fácil admitir o uso de precedentes em países tradicionalmente de origem romano-germânica. A aplicação dos institutos dos precedentes, desde a descoberta da *ratio decidendi*, até sua superação e distinção, pelos institutos de *overruling* e *distinguishing*, devem ser amplamente estudados para um bom e correto uso da *stare decisis*.

Mesmo assim, deve-se levar em conta a importância de um sistema de precedentes no contexto atual brasileiro e sua contribuição para a segurança jurídica, além de outros princípios e direitos fundamentais que serão analisados nesse trabalho.

A revolução dos direitos humanos ocorrida no mundo pós Segunda Guerra Mundial, juntamente com o impacto do constitucionalismo e a judicialização da política, formou um juiz da *civil law* no âmbito externo totalmente diferente do previsto pela Revolução Francesa no século XVIII.

O Código de Processo Civil, seguindo a evolução das relações sociais e os acontecimentos históricos, veio a oferecer subsídios para o uso dos precedentes judiciais pela doutrina brasileira, dando os primeiros passos a uma maior segurança jurídica e igualdade.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Primeiramente, é importante salientar que não existem apenas os sistemas de *civil law* e *common law*, mas para o presente trabalho interessam apenas estes.

As origens históricas dos dois sistemas, como vai ser observado, são muito diferentes. O conteúdo desse capítulo oferece a possibilidade de entender as circunstâncias políticas e culturais que culminam na formação de tradições jurídicas tão contrárias, definidas por institutos próprios de cada sistema.

Neste capítulo será estudada a evolução da *common law* no direito inglês, suas fontes e suas características, já sendo importante colocar que este direito está limitado, em sua aplicação, geograficamente, à Inglaterra e ao País de Gales.

Estudar-se-á também a evolução da *common law* nos Estados Unidos da América, colocando em praxe suas principais peculiaridades e diferenças com o direito inglês.

O sistema de *civil law*, que carrega os dogmas da Revolução Francesa e ao qual o Brasil é adepto, terá seu desenvolvimento histórico e características explorados ao final.

2.1 O SISTEMA INGLÊS DA *COMMON LAW*

O período anterior ao ano de 1066 na Inglaterra é caracterizado por um território partilhado e, para os historiadores, é nesse período que tem início o direito anglo-saxônico, um direito baseado nos costumes locais de cada território, não havendo um direito comum a toda Inglaterra². A *common law* tem origens após a conquista da Inglaterra pelos normandos, liderados por Guilherme, duque da Normandia, na batalha de Hastings, no ano de 1066. Após a conquista, ocorreu a importação do feudalismo para a Inglaterra³. Segundo René David, a conquista normanda, além de

² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hemílio A Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 357.

³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5ª ed. Trad. António Manuel de Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 209.

centralizar a Inglaterra e acabar com o aspecto tribal, trouxe um poder forte, centralizado e com uma vasta experiência administrativa⁴. A forma militar de liderar e se organizar dos normandos possibilitou a base de desenvolvimento da *common law*.

As antigas jurisdições locais foram desaparecendo, dando lugar aos Tribunais Reais e o sistema de justiça real, no qual o rei exercia apenas a “alta justiça”, tendo a competência em casos excepcionais. O nome do sistema *common law* veio após esse processo de centralização de justiça dos normandos, que desenvolveram novos procedimentos e um direito aplicado a todos os cidadãos ingleses, como “direito comum a todos”, em oposição aos costumes locais. Sendo assim, a *common law* foi aplicada a todo Reino da Inglaterra, sendo decidido por maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Os reis conseguiram, no decorrer dos séculos XII e XIII, desenvolver a competência de suas próprias jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais, que perderam progressivamente suas próprias atribuições.⁵

Com um grande aumento da demanda real, o Rei teve que instituir Chanceleres, conselheiros reais que atuavam como a “consciência do Rei”, esses que avaliavam os pedidos feitos e, caso considerados devidamente fundamentados, enviavam ordens, denominadas *writs*, a um xerife ou a um senhor para ordenar ao réu o cumprimento da satisfação ao queixoso. Cada ordem seguia um rito especial, que indicava como se julgaria, a sequência dos atos, as possibilidades de representação, meios de executar a decisão e até o vocabulário.⁶

O formalismo era decisivo no resultado final do *writ* e esse sistema enrijeceu o direito da época⁷, pois cada *writ* correspondia a um caso concreto, ou seja, havia uma lista de *writs* e para cada caso era essencial encontrar o seu *writ* respectivo, sendo verificado o processo mais importante do que as regras do direito positivo (*remedies precede rights*). Esse ponto é fundamental para verificar que os juristas ingleses, por muito tempo, tiveram o foco muito maior no processo, não na solução do litígio, diferentemente do resto do continente.⁸

⁴ DAVID, 2002, p. 358.

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁶ GILISSEN, 1986, p. 210.

⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 182.

⁸ DAVID, op. cit., p. 364.

Com o decorrer do tempo, pela evolução econômica e social na época, o sistema de *writs* não conseguia mais dar resposta satisfatória para determinados litígios, pois o número de casos que surgiram era superior ao de *writs* editados. Em vista da deficiência dos tribunais da *common law*, um sistema rival surgiu na Inglaterra, o sistema de *equity*.⁹

Quando se sentia injustiçada, a parte perdedora poderia recorrer ao Rei, que daria uma solução ao litígio. Durante a Guerra das Duas Rosas¹⁰, o Rei não tinha mais disponibilidade para julgar todos os casos “recursados” a ele, então passou a dar mais autonomia e autoridade aos Chanceleres, que começaram a decidir em equidade, seguindo muitas vezes os princípios extraídos do direito canônico e romano.¹¹

Dessa forma, por séculos subsistiram os dois sistemas na Inglaterra: de um lado o *common law* e as Cortes de Justiça, de outro a Equidade e as Cortes de Equidade. Primeiramente, a *equity* funcionava de modo suplementar à *common law*: se não houvesse solução na *common law*, utilizava-se a equidade.¹²

Segundo René David, a partir de 1529 o Chanceler passou de uma figura eclesiástica para um papel de jurista. No século XVI, o direito inglês quase passou para o lado do direito romano-germânico, igual ao restante do continente, pela grande autonomia do Chanceler e da equidade e pela decadência da *common law*¹³. Antônio Manuel Hespanha ressalta que, do ponto de vista político, o absolutismo dos Tudor e dos Stuart¹⁴ apoiavam a *equity*, pois a *common law* limitava a atividade legislativa, tanto do Rei, como do Parlamento. Nos conflitos entre o rei e o parlamento, a *common law* encontrou sua aliança com o parlamento contra o absolutismo real e conseguiu se manter.¹⁵

⁹ DAVID, 2002, p. 370.

¹⁰ A Guerra das Rosas foi um conflito pela conquista do trono inglês, travada entre 1455 e 1485, pelas famílias York (Rosa Branca) e Lancaster (Rosa Vermelha). Este conflito, longo e intermitente, enfraquece as duas casas, e seu ponto final ocorre quando o senhor de Richmond, Henrique Tudor, assume o poder apoiado pelos Lancaster ao vencer a batalha de Bosworth Field. Ao casar-se com Elizabeth de York, Henrique VII une as duas casas rivais. Essa guerra culminou no início da dinastia Tudor (1485-1603), restaurando a autoridade real e implantando o absolutismo na Inglaterra. Fonte: ARAUJO, Daniel de. **História Geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.26-27.

¹¹ DAVID, op. cit., p. 369-370.

¹² BARBOZA, 2014, p. 43.

¹³ DAVID, op. cit., p. 373.

¹⁴ Período de absolutismo na Inglaterra, compreendido entre 1485, com o fim da Guerra das Duas Rosas, até o ano de 1688. Esse período foi caracterizado por um grande aumento do poder real, frequentes desentendimentos desse com o parlamento e pelas perseguições religiosas. Fonte: MAYNARD, Andreza Santos Cruz; MAYNARD, Dilton Cândido Santos. **História Moderna I**. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, CESAD, 2009, p. 86-89.

¹⁵ HESPANHA, 2005, p. 182.

Segundo Estefânia de Queiroz Barboza, o contexto histórico justificou a estrutura dualista do direito inglês, ao qual ocorreu a subsistência da *common law*, praticado pelos Tribunais Reais e o sistema de *equity*, que veio para complementá-la e aperfeiçoá-la, não substituí-la.¹⁶

A fusão dos dois sistemas só ocorreu nos *Judicature Acts* (1873-1875) que unificaram as jurisdições inglesas, permitindo que todos os tribunais pudessem aplicar tanto as regras da *common law* quanto as da *equity* – antes, em um mesmo assunto, poderia ser necessário intentar duas ações: uma no tribunal de *common law* e outra no Tribunal da Chancelaria.¹⁷

O sistema *common law*, seria, então, dividido em *common law* no sentido estrito e a *equity*. Para Estefânia de Queiroz Barboza, a *equity* foi importante para o direito inglês, promovendo a justiça e os anseios da sociedade quando os writs foram insuficientes, além de instituir os princípios gerais do direito.¹⁸

Nas exatas palavras de John Gilissen, “o *common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais”¹⁹. Frise-se, nesse sentido, que o *common law* não corresponde a todo o direito inglês. O *statute law* (os estatutos ou conjunto de leis promulgadas pelo legislador) teve desenvolvimento marginal ao *common law*, com função apenas complementar, ocupando o segundo lugar entre as fontes do direito inglês – o primeiro ocupado pela jurisprudência. A legislação vem ocupando um lugar cada vez maior no direito inglês, conhecendo no século XIX e XX um desenvolvimento notável. Entretanto, mesmo com sua crescente importância na esfera jurídica, a Inglaterra permanece um país sem constituição escrita e sem códigos. Segundo John Gilissen, a base do *constitucional law* inglês é verificado nos costumes e precedentes, não havendo nenhum texto reunindo o conjunto de regras do direito constitucional, como ocorre na Constituição dos Estados Unidos ou à dos outros países europeus.²⁰

Outro ponto importante no estudo do direito inglês é a sua historicidade. O direito inglês é mais histórico do que o direito dos outros países continentais europeus, pois não houve uma ruptura entre o passado e o presente, diferente principalmente

¹⁶ BARBOZA, 2014, p. 43.

¹⁷ BARBOZA, loc. cit.

¹⁸ Ibid., p. 44.

¹⁹ GILISSEN, 1986, p. 208.

²⁰ Ibid., p. 216.

da França, que teve uma ruptura bem visualizada no contexto da Revolução Francesa.²¹

Sendo assim, é possível elencar as principais características do sistema common law que o difere do direito romano: i) é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, fonte que teve apenas papel secundário na *civil law*; ii) é um direito judiciário, pelo grande peso das decisões judiciais em seu ordenamento; iii) teve mínima influência do direito romanista; iv) é um direito não codificado; v) o costume do reino é uma importante fonte do common law, enquanto os costumes locais não influenciaram sua evolução; vi) é um direito histórico, sem rupturas.

Outro aspecto que merece destaque no direito inglês é o papel do Parlamento. Com a Revolução Gloriosa²², em 1689, a Inglaterra adotou o princípio da Supremacia do Parlamento. É necessário colocar aqui que, embora com esse nome, o princípio não garantia poder supremo ou ilimitado ao Parlamento, visto que este ainda se limitava na *common law*²³. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni explica bem a ligação histórica da Revolução entre o rei e o Parlamento:

O ordenamento da Revolução Puritana caracterizou-se pela submissão do poder do monarca, em seu exército e atuação, a determinadas condições, assim como pela existência de critérios reguladores da relação entre ele e o Parlamento. Nesse ordenamento, tem destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange foi obrigado a se submeter para ascender ao trono mediante uma espécie de acordo entre o rei e o Parlamento, visto como representante do povo. Frise-se que o *Bill of Rights*, embora tenha, entre seus princípios fundamentais, a proteção da pessoa e da propriedade e determinadas garantidas processuais e dimensões da liberdade política, é marcado, acima de tudo, pela submissão do soberano ao direito.²⁴

Nesse contexto, verifica-se que o Parlamento ganhou poder, já que nenhuma lei poderia ser posta em vigor ou suspensa sem o seu acordo. O princípio da *Supremacy of the English Parliament* não mostrou apenas a submissão do poder real ao legislativo, mas principalmente ao direito histórico do país.

²¹ BARBOZA, 2014, p. 44.

²² A Revolução Gloriosa foi um evento ocorrido no Reino Unido entre 1688 e 1689, no qual o rei Jaime II, da dinastia Stuart, foi removido do trono da Inglaterra, Escócia e País de Gales, sendo substituído por sua filha protestante, Maria, e pelo genro, o nobre neerlandês Guilherme, Deyvid de Orange. Suas principais consequências foram o fim do absolutismo monárquico britânico, o aumento do poder do parlamento, a estabilidade política e econômica. Fonte: MAYNARD; MAYNARD, 2009, p. 90.

²³ MARINONI, 2016, p. 39.

²⁴ Ibid., p. 43.

Verificado o contexto histórico de surgimento e características da *common law* inglesa, passa-se a analisar a evolução do precedente nesse direito.

2.1.1 Precedentes Na *Common Law* Inglesa

Primeiramente, é necessário colocar que o precedente judicial e o *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes) não se confunde com a *common law*, visto que esse surgiu muito antes, sendo o conceito de precedentes datado de séculos depois e a ideia de *stare decisis* ainda mais atual, como será visto em capítulo próprio.

A origem dos precedentes pode ser vinculada ao ano de 1616, época na qual os Tribunais de Westminster (tribunais de *common law*), que estavam perdendo seu poder, firmaram um compromisso com os Tribunais da Chancelaria (*equity*). Nesse compromisso, transformou-se a jurisdição do Chanceler, que já não realizava intromissões em detrimento dos tribunais de *common law*, mas sim preceituará de acordo com os seus precedentes.²⁵

Entretanto, a ideia da vinculação aos precedentes judiciais só surgiu no século XIX, no caso *Beamish vs Beamish*, em 1861, no qual a *House of Lords* (que, à época, exercia a função de Suprema Corte, vindo a ser substituída em outubro de 2009 pela Suprema Corte do Reino Unido) admitiu o caráter vinculativo de suas decisões. Esse caráter foi reforçado em 1898 com o caso *London Street Tramways vs. London County Council*, quando o tribunal considerou devido zelar pela segurança jurídica, argumentando sendo mais sensato para a sociedade que fossem resolvidos os litígios com uma solução até, por vezes, inadequada, do que viver na insegurança jurídica²⁶, como vê-se nas palavras do Lord Chancellor, o Lord Halsbury:

I am of the opinion... that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not

²⁵ BARBOZA, 2014, p. 194-195.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

*competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided. (...)*²⁷

Até 1966 a *House of Lords* ficou vinculada a seguir seus próprios precedentes, sendo alterada essa diretriz pelo *Practice Statement*, uma declaração feita pelo Lorde Chanceler, entendendo que, a partir de então, a *House of Lords* teria a premissa de decidir se seu precedente era vinculante para si ou não, podendo até anular suas próprias decisões.²⁸

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, essa mudança se justifica por entender que uma rígida aderência aos precedentes pode, em muitos casos, causar injustiça e impedir o desenvolvimento do direito.²⁹

Atualmente, mesmo o direito inglês estando com grande mutação, é importante colocar algumas premissas: todas as cortes estão vinculadas as suas próprias decisões, com exceção da *House of Lords* e os únicos precedentes obrigatórios são as decisões emanadas pelos tribunais superiores, ou seja, da *House of Lords* e do *Supreme Court of Judicature*.³⁰

2.2 COMMON LAW E O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O início da *common law* nos Estados Unidos se deu no século XVII, no qual até 1722, havia somente treze colônias inglesas no país. Nessas colônias, segundo René David, a *common law* só era aplicada se suas regras fossem compatíveis com o modo de vida reinante, o que não ocorria no século XVII. Dessa forma, os colonos se

²⁷ HALSBURY, Hardinge Stanley Giffard *Apud* WASSESTROM, Richard A. **The judicial decision: toward a theory of legal justification**. London: Oxford University Press, 1961, p. 82. Em tradução livre: “Eu sou da opinião... que uma vez proferida uma decisão desta Casa dada sobre um ponto da lei, esta é conclusiva sobre esta Casa futuramente, e que é impossível levantar questionamentos novamente sobre se isso poderia ser rediscutida, sendo assim pedido à Casa para que revertisse sua própria decisão. Esse é um princípio que tem sido, eu acredito, sem nenhuma real decisão que implique o contrário, estabelecido já há séculos, e, portanto, sou da opinião de que não seria da nossa competência reouvir e aconselhar a rediscussão deste caso, o qual já foi recentemente decidido. ”

²⁸ BARBOZA, 2014, p. 202-203.

²⁹ BARBOZA, loc. cit.

³⁰ BARBOZA, loc. cit.

mantiveram até o século XVIII usando direitos primitivos, alguns até baseados na Bíblia.³¹

No século XVIII, devido às transformações econômicas e sociais, os povos estadunidenses começaram a ver na *common law* uma forma de proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real, aplicando-a em uma maneira ampla, igualmente como aplicada na Inglaterra. Após a independência americana, em 1776, o direito americano começou a trilhar um caminho distinto do direito inglês. Mas embora os Estados Unidos tenham rompido os seus laços de dependência com a Inglaterra, a *common law* foi conservada.³²

Durante muito tempo, a Inglaterra foi, para os juristas americanos, um modelo. O avanço que esse país tinha nos planos econômico-culturais e o atraso das universidades e da doutrina americanas levaram os juízes e juristas dos Estados Unidos a seguir muito de perto esse arquétipo e a harmonizar a evolução do direito americano com a do direito inglês, mesmo quando essa conduta deixou de ser obrigatória para eles.³³

Diversos fatores podem ser listados pela diferenciação entre o direito inglês e o estadunidense, como o caso de a Inglaterra ser uma ilha europeia, enquanto os Estados Unidos são uma massa continental, também da diferença do sistema e da forma de governo adotado pelos dois países, sendo a Inglaterra uma monarquia com um regime político parlamentar e os Estados Unidos uma república com regime político presidencialista.³⁴

Uma das principais diferenciações que deve ser feita entre os dois direitos, é a de que os Estados Unidos, ao contrário do que ocorrido na Inglaterra, não adotaram o princípio da supremacia do Parlamento. É adotada uma Constituição Federal, rígida e escrita para representar a vontade do povo, esta que teria o poder supremo, não as leis feitas pela vontade de seus representantes, gerando um governo limitado.³⁵

Segundo Guido Fernando Silva Soares, “o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *statute law* tem naquele sistema, com a conseqüente modificação da *Common Law stricto sensu*”.³⁶

³¹ DAVID, 2002, p. 450.

³² Ibid., p. 451-453.

³³ Ibid., p.455.

³⁴ Ibid., p. 457.

³⁵ BARBOZA, 2014, p. 55.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p 59.

É importante aqui citar o caso que firmou a regra da supremacia da Constituição nos Estados Unidos, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o caso *Marbury vs Madison*, pelo juiz Marshall. Verificava-se um conflito de normas entre a Constituição Americana e a Seção 13 do *Judiciary Act*, ou seja, um conflito entre uma norma constitucional e uma lei federal. Em sua decisão, Marshall coloca que, na hierarquia das leis, deveria imperar a Constituição dos Estados Unidos, estando os tribunais, bem como os demais departamentos, vinculados a ela. Deste modo, toda lei que contrarie a Constituição deveria ser declarada nula.³⁷

Ante essa decisão, deve ser observado que não se objetivava um maior poder ao Judiciário comparado ao Legislativo, mas sim um poder maior da soberania do povo comparado aos dois poderes, ou seja, “o poder do povo é superior a ambos; e que sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela (...)”.³⁸

O direito dos Estados Unidos, assim como o inglês, é essencialmente jurisprudencial, tendo como fonte secundária a lei escrita³⁹. A base do direito americano pode ser colocada nas exatas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Os pilares centrais do *common law* estadunidense foram a doutrina de respeito ao precedente judicial e a doutrina dos direitos fundamentais. Os novos estados independentes conceberam-se como protetores dos direitos da *common law* inglês contra a opressão britânica, dando principal importância a juízes independentes, precedentes judiciais e direitos humanos fundamentais.⁴⁰

Sendo assim, é importante a experiência do direito norte-americano pela sua capacidade de juntar o direito jurisprudencial, juntamente com o uso de precedentes, advindos da *common law* e a Constituição escrita, demonstrando que, embora com um texto escrito e rígido, o direito também deve ser construído de forma histórica pelos costumes e tradições do povo.

³⁷ BARBOZA, 2014, p. 58.

³⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005, p. 472.

³⁹ DAVID, 2002, p. 477.

⁴⁰ BARBOZA, 2014, p. 55.

2.2.1 Precedentes Na *Common Law* Dos Estados Unidos Da América

A aplicação dos precedentes na Inglaterra difere-se muito em relação aos Estados Unidos pela estrutura federal que esses comportam, pois, de um lado, tem-se a busca pela segurança jurídica que uma rigorosa regra de precedentes judiciais pode gerar; do outro, a necessidade de evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado nos Estados, diferenças irreduzíveis.⁴¹

Dessa forma, os juristas americanos têm evitado uma tomada de decisão muito precisa e a discussão dos precedentes nos Estados Unidos chega a ser muito mais atual do que no direito inglês. Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, o caso que trouxe uma grande discussão sobre a adoção de precedentes no país foi o *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* em 1992 que reviu parte de seu entendimento original em *Roe v. Wade* em que, em 1973, o tribunal estabeleceu a existência de um direito ao aborto, sendo o cerne da discussão a polêmica de o precedente estar realmente correto ou se a Constituição não deveria ser aplicada de outra forma.⁴²

Segundo René David, a teoria do *stare decisis* americano comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e jurisprudências.⁴³

Um outro ponto fundamental é que, nos Estados Unidos, a vinculação aos precedentes não é imposta por lei e a Constituição não faz qualquer referência textual a esse fenômeno.

⁴¹ DAVID, 2002, p. 490.

⁴² BARBOZA, 2014, p. 204.

⁴³ DAVID, op. cit., p. 490.

2.3 O SISTEMA *CIVIL LAW*

Quase a totalidade dos sistemas jurídicos da Europa podem ser colocados no sistema de tradição *civil law* (ou romano-germânico), por causa da influência do direito romano sobre o seu desenvolvimento a partir do século XIII.

O sistema de direito romano-germânico teve origem na Europa Ocidental, tendo se formado na Europa Continental, no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades. Isso porque, com o renascer das cidades e do comércio, a sociedade toma consciência da importância do Direito na garantia da ordem, da segurança e do progresso, repudiando o apelo ao sobrenatural.⁴⁴

O direito romano, portanto, será a base de todo o ensino do direito em todas as universidades da Europa, especialmente pelo estudo da codificação da época de Justiniano, que então foi batizado de *Corpus iuris civilis*⁴⁵. Segundo John Gilissen, o direito praticado do século XIII ao século XVI pode ser considerado um direito erudito, que mesmo tendo algumas diferenças do direito romano, era muito superior aos direitos locais da época: era escrito, enquanto os outros eram, normalmente, consuetudinários; era mais completo, com formas úteis de resolução de conflitos em uma comunidade feudal em desenvolvimento econômico; e também era mais evoluído, visto que tinha sido elaborado com base em textos jurídicos de uma sociedade muito desenvolvida.⁴⁶

Por séculos o sistema foi dominado pela doutrina e o direito ensinado nas universidades foi se afastando cada vez mais do direito de Justiniano. Dessa forma, foi elaborada uma nova escola, dita do direito natural, que surgiu nos séculos XVII e XVIII, em um contexto histórico de transformações, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, com suas raízes em alguns eventos históricos: desenvolvimento capitalista do mercado, o fim da cristandade, a conquista da América e a afirmação do estado nacional.⁴⁷

Essa escola trouxe renovações na forma de ver o direito, com base na razão humana, em busca de um direito universal, que poderia ser imposto a todos os povos,

⁴⁴ DAVID, 2002, p. 39-40.

⁴⁵ GILISSEN, 1986, p. 203.

⁴⁶ GILISSEN, loc. cit.

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: atlas, 2008, p. 159-160.

juntando direitos regionais e locais e abrindo espaço para a codificação. No âmbito do direito privado, a escola não veio para acabar com o direito romano aplicado, mas para que não houvesse uma obrigatoriedade na aplicação desse direito e sim um pensamento crítico, aplicando-o quando justo e o modernizando quando era constatado o seu não encaixe na sociedade.⁴⁸

Segundo René David, o direito natural teve dois êxitos espetaculares: colocou em pauta o estudo do direito público pelos juristas e deu luz à codificação. Apenas no século XVIII que o direito se estendeu nas relações entre governantes e governados, administração e particulares, assumindo um grande papel e conseguindo criar uma obra de direito público correspondente àquela, tradicional, do direito privado.⁴⁹

A codificação é a técnica que, na época, veio para positivizar a escola do direito natural. Após seis séculos de estudos, os juristas necessitavam de meio para manifestar a vontade do direito que era ensinado nas universidades, um direito que poderia ser aplicado, entendido e levado a todas as nações. O processo visava liquidar os arcaísmos que ainda eram vistos na época e estabelecer um código baseado na razão e garantido pela liberdade. Após várias tentativas malsucedidas em países europeus, foi na França, em 1789, com Napoleão Bonaparte, que a codificação obteve seu primeiro êxito, em comunhão com as ideias iluministas, no alvorecer da Revolução e com um soberano esclarecido. O código napoleônico entrou em vigor em 1804, seguindo os princípios da Revolução Francesa.⁵⁰

Com a codificação, o Estado passou a ser a única fonte de direito, o código tinha como característica sua completude, pois era um único texto legislativo para substituir todas as fontes de direito anteriormente empregadas. No código, o juiz tinha sempre, a priori, as soluções para todos os casos, bastando a ele apenas julgar⁵¹, como será visto adiante.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, outra questão importante a ser tratada nessa época revolucionária é sobre o princípio da separação dos poderes. Enquanto nos Estados Unidos o objetivo maior era limitar o Poder Legislativo, na França o processo foi diferente: o Poder Judiciário que foi limitado, pois este fazia parte da aristocracia, a qual tomava decisões a favor do Rei e ia contra a ideia de

⁴⁸ DAVID, 2002, p. 45-48

⁴⁹ Ibid., p. 65.

⁵⁰ Ibid., p. 65-70.

⁵¹ BARBOZA, 2014, p. 69-72.

liberdade e igualdade empregada pelas revoluções. O princípio foi usado de maneira ampliada, passando da ideia de *checks and balances*, na qual deveria haver um controle recíproco entre os poderes, e assegurando ao Poder Judiciário um papel de baixa importância nos procedimentos jurídicos: apenas de aplicação da lei.⁵²

É importante visualizar nesse ponto que, na Europa continental, esses processos revolucionários levaram a um rompimento e a negação do direito anterior, enquanto na Inglaterra, houve um aprimoramento do direito com a evolução da *common law*.

Entretanto, a codificação francesa não foi aceita em todos os países europeus, principalmente na Alemanha. Nesse país, Savigny acreditava que a fonte primária do direito estaria nos costumes da população, sendo um produto histórico construído por gerações, daí surgindo o conceito de espírito do povo, sobre o qual o direito deveria ser um meio de vínculo, de união, sendo assim devendo ser elaborado pelos juristas para a nação. Diferentemente da França, na qual foi feito um código de fácil acesso pelos cidadãos e juristas, a codificação alemã foi feita como uma ferramenta para os juristas e com grande estudo científico, sendo que, dessa forma, o Código Civil Alemão foi promulgado apenas em 1900.⁵³

O processo de codificação e a colonização foram muito importantes também para a expansão desse sistema: hoje, o sistema romano-germânico é adotado por quase toda América Latina e Europa, como também por boa parte da Ásia e da África, além de existir em partes de alguns países de tradição *common law*, como no Estado de Louisiana, nos Estados Unidos, e na província do Québec, no Canadá.

2.3.1 Precedentes Na *Civil Law*

Como observado no capítulo anterior, nas revoluções do século XVIII e XIX, o Poder Judiciário teve seu papel totalmente limitado a aplicação da lei e dessa forma, diferentemente dos países da *common law*, não teve a possibilidade de criar o direito.

⁵² BARBOZA, 2014, p. 68-70.

⁵³ *Ibid.*, p. 73-74.

Segundo René de David, “o papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode precisar-se em ligação com o da lei”⁵⁴, ou seja, a jurisprudência nesses países só tem o poder de acordo com a lei, utilizando uma forma de interpretação do texto para poder “criar o direito”, pois o juiz é submisso ao texto, mesmo sendo de conhecimento geral que a lei pode não ter previsto tudo. Sendo assim, o alcance do direito jurisprudencial se encontra totalmente oposto aos países da *common law*, sendo considerado muito limitado em comparação a este.⁵⁵

Entretanto, no decorrer histórico, segundo Luiz Guilherme Marinoni, a tradição do direito romano-germânico, ancorada nos dogmas da Revolução Francesa, sofreu uma transformação no papel do juiz, o qual não atua como um mero intérprete da lei, como Montesquieu previa, mas com uma atuação judicial mediante a concretização de normas abertas, com possibilidades de diversas interpretações distintas, gerando muitas vezes decisões diferentes para “casos iguais”, oferecendo pouca segurança jurídica aos cidadãos.⁵⁶

Sendo assim, contrariamente ao que é admitido, alguns países de tradição *civil law* já estão fazendo o uso obrigatório de precedentes, como, por exemplo, a Alemanha, na qual as decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional estão criando uma linha de precedentes, que são publicadas no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*), também é visto esse uso em países latinos, como na Argentina e na Colômbia, nas quais são precedentes as decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional.⁵⁷

O uso de precedentes judiciais pode ser considerado um caminho para uma maior certeza jurídica, como será visto em capítulo próprio, para um sistema ao qual as decisões judiciais não eram consideradas fontes de direito.

⁵⁴ DAVID, 2002, p. 149.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 148-151.

⁵⁶ MARINONI, 2017, p. 81-82.

⁵⁷ DAVID, *op. cit.*, p. 160-162.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1 COMMON LAW E STARE DECISIS

Diferentemente do *sistema civil law*, que teve como fonte primordial de seu direito os códigos e acreditou na utopia da segurança jurídica somente pela lei, a *common law* foi criada pelas decisões judiciais dos tribunais e, por isso, desde seu início, já havia preocupação pela possibilidade de haver problemas com julgamentos contraditórios, ou seja, casos análogos com resultados distintos. A doutrina da *stare decisis*, como será visto, veio como instrumento para gerar maior segurança e mostrar-se importante em um sistema jurisprudencial.⁵⁸

Desde sua fase embrionária, a *common law* mostrou vocação natural para ser um sistema de *case law*, mas até o século XVIII, não havia um sistema de respeito aos precedentes no Judiciário Inglês, pois não havia uma clara hierarquia entre os tribunais até essa época, sendo praticamente impossível o uso dos precedentes judiciais, entretanto, já era observado um respeito a decisões anteriores.⁵⁹

Uma das bases do uso de precedentes é a coletânea de Relatórios de Casos (*Law Reports*), explicada nas exatas palavras de Estefânia Maria Queiroz de Barboza:

Os *Law Reports* são relatos de casos decididos pelas Cortes, compreendendo a exposição dos fatos de cada caso e as razões, os fundamentos dados ao julgamento pela corte. Hoje os relatórios dos casos são elaborados por advogados e depois aprovados pelos juízes do Tribunal, ou seja, são repassadas para o papel as discussões realizadas perante as cortes.⁶⁰

Os *Law Reports* apareceram nos meados do século XVI e sua gênese facilitou o manuseio das decisões anteriores para uso dos precedentes. Um nome importante que trouxe grande contribuição para o sistema foi o de Edwark Coke, autor que publicou, em 1600, 11 volumes de repertórios (*Coke's reports*), com grande precisão em distinguir a *ratio decidendi* e *obter dictum* de um caso, facilitando a citação dos

⁵⁸ BARBOZA, 2014, p. 192-193.

⁵⁹ Ibid., p. 192-194.

⁶⁰ Ibid., p. 196.

precedentes. É importante ressaltar que os *Law Reports*, até o século XVIII, eram coletâneas particulares e, portanto, ofereciam ao juiz total liberdade e discricção ao optar ou não por acolher um precedente judicial.⁶¹

Como já explorado no primeiro capítulo, a eficácia vinculante (*binding effect*) aos precedentes judiciais só surgiu no século XIX, no caso *Beamish vs Beamish*, em 1861 e foi reforçada no caso *London Tramways Company v. London County Council*, em 1898.

Stare decisis é a teoria moderna aplicada no direito de tradição anglo-saxônica, que deriva do brocado latino *stare decisis et non quieta movere*, que se pode traduzir em "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido". Esta doutrina é dividida em duas variações: vertical ou horizontal. A horizontal exige que as Cortes sigam seus próprios precedentes, enquanto a variação vertical exige o respeito obrigatório das Cortes inferiores pelas decisões proferidas nas Cortes superiores.⁶²

O *stare decisis* é da essência da *common law* e sua ideia matriz é a de dar estabilidade ao direito, provendo que a jurisprudência nas mesmas questões legais será, em regra, seguida pela mesma corte e por qualquer outra de hierarquia inferior, em qualquer caso futuro que apresente fatos e direito idênticos.

Diante do exposto, é visto que não há que se confundir *common law* com *stare decisis*, podendo-se dizer que a teoria da *stare decisis* e a *doctrine of binding precedent* são uma ferramenta da *common law*, no sentido de que é prescindível ao sistema anglo-saxônico, posto que sua inexistência não extingue a existência de direitos oriundos do direito comum calcado pelos costumes e pela extração da *ratio decidendi* de cada caso, vez que se atinge com sua aplicabilidade maior satisfação de justiça e isonomia nas decisões judiciais.⁶³

⁶¹ TUCCI, 2004, p. 153-157.

⁶² *Ibid.*, 160-161.

⁶³ MARINONI, 2016, p. 27-32.

3.2 COMPONENTES ELEMENTARES DE UM PRECEDENTE: *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

A *common law* é um sistema que dá muita importância para os fundamentos de cada caso, diferentemente da *civil law*, que sempre se preocupou mais com a parte dispositiva da sentença, na qual é aplicada a lei de fato, dando-a concretude.⁶⁴

Sendo assim, na *common law* é necessária a separação dos fundamentos que podem ter efeitos obrigatórios ou vinculantes daqueles que não os possuem. Para essa distinção, dentro de uma decisão judicial, é necessária a identificação de dois conceitos, que são decisivos, necessários e complementares para a formação de um precedente: o de *ratio decidendi* e o da *obiter dicta*.

3.2.1 *Ratio Decidendi*

A *ratio decidendi* (“razão de decidir” ou “razão para que se decida”) pode ser conceituada como a parte necessária de cada caso ou questão jurídica que a leva a ser identificada como um precedente, ou seja, é o núcleo essencial da decisão judicial que, sem ela, um caso ou uma questão jurídica não se tornaria um precedente. Nos Estados Unidos da América, essa expressão também pode ser conhecida como *holding*.⁶⁵

Levando-se em conta que a sentença judicial se divide em três partes, sendo elas a fundamentação, o relatório e o dispositivo, é na primeira que se expressa a *ratio decidendi*. São nos fundamentos da decisão judicial que se encontra a razão de decidir do caso, não devendo ser confundida com toda fundamentação, existindo a possibilidade de haver mais de uma *ratio* por fundamentação. É importante ressaltar que o relatório (onde consta o substrato fático considerado pelo raciocínio decisório) e o dispositivo (que revela o resultado alcançado pela decisão) não devem ser

⁶⁴MARINONI, 2016, p. 169.

⁶⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 613.

ignorados para a interpretação de um precedente, entretanto é na fundamentação, sobretudo, que ele está contido.⁶⁶

Uma conceituação sobre *ratio decidendi* que merece importância é a proposta por Rupert Cross, que afirma que “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada ou uma parte de sua instrução para o júri”⁶⁷. Neil MacCormick, por outro lado, acredita que a conceituação de Cross é muito genérica, pelos vários significados que a palavra “necessário” pode oferecer, sendo assim, para MacCormick, o conceito de *ratio decidendi* é a resolução suficiente – não necessária – para a resolução da lide.⁶⁸

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a *ratio* é o núcleo essencial da questão jurídica para definir o caso concreto e são três elementos que a integram: i) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); ii) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e iii) o juízo decisório (*judgement*).⁶⁹

Não há total acordo, na *common law*, sobre uma definição de *ratio decidendi* e o mesmo pode-se dizer sobre o método capaz para permitir sua identificação. No entanto, dois métodos são mais destacados nesse último quesito: o método de Wambaugh e o método de Goodhart.

Para o uso do método de Eugene Wambaugh, chamado de método da inversão, é necessária a aplicação de um teste. Segundo esta metodologia, quem deseja identificar a *ratio* de um precedente em potencial, deve primeiramente identificar os fundamentos utilizados para a decisão do caso e, em seguida, transformá-los em proposições de direito. Após esse primeiro passo, deve inserir-se na proposição um elemento que inverta o seu significado. Se após essa inversão, a decisão, observada em sentido com o significado da nova proposição, não tiver de ser mudada, o fundamento em questão não é *ratio*, é *dicta*. Porém, se necessária a inversão da decisão para esta decorrer logicamente da nova proposição, o fundamento contido na proposição original é *ratio*. Segundo esse método, a *ratio* é

⁶⁶ MARINONI, 2016, p. 162.

⁶⁷ Original: “The ratio decidendi of a case is any rule of expressly or impliedly treated by the judge as necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 77.

⁶⁸ MARINONI, op. cit., p. 168.

⁶⁹ TUCCI, 2004, p. 175.

elemento necessário para a decisão, ou seja, no caso de a primeira ser invertida, a outra, necessariamente, também teria de ser.⁷⁰

A crítica para este primeiro método, considerado simplista, decorre da observação de que a Corte pode defender sua decisão com base em dois ou mais fundamentos. Nesse sentido, existe a possibilidade de, mesmo com a inversão de um fundamento, a existência do outro poder ser suficiente para que não haja mudança na decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Nessa situação, o teste de Wambaugh faria com que todos os fundamentos fossem *obiter dicta*, inexistindo qualquer *ratio*.⁷¹

O método de Goodhart, por outro lado, não se caracteriza por uma abordagem rígida em relação ao descobrimento da *ratio* e leva em conta os fatos considerados materiais ou fundamentais pelo juiz ao julgar a causa. Goodhart apresentou seu método em artigo intitulado “*Determining the ratio decidendi of a case*”, publicado pelo *Yale Law Journal* em 1930⁷². Nesse método, quem deseja identificar a *ratio*, deve procurar pelos fatos materiais (*material facts*) nos quais o juiz apoiou sua decisão. Na prática, todo tribunal vinculado a um precedente deve chegar a mesma decisão que se chegou no caso anterior, podendo apenas ser diferente se no novo julgamento (*instant case*) houver novo fato material diferente de anterior ou que não tenha todos fatos materiais presentes no precedente (*precedent case*). Como pode-se ver, esse método leva ao máximo o princípio *treat like cases alike* (casos iguais devem ser tratados da mesma forma).⁷³

Para Goodhart, para se chegar na *ratio decidendi*, deve ocorrer a utilização de dois princípios: i) em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X e, ii) em qualquer futuro caso em que os fatos são B e C, o tribunal deve chegar a conclusão X. No segundo caso, a ausência do fato A não faz afetar o resultado se este foi concebido como imaterial ou insignificante. O tribunal, portanto, cria um princípio quando determina quais são os fatos materiais e quais são os fatos imateriais que determinam sua decisão.⁷⁴

⁷⁰ MARINONI, 2016, p. 163-164.

⁷¹ MARINONI, loc. cit.

⁷² Em 1928, Goodhart publicou seu primeiro artigo sobre a identificação da *ratio decidendi*, intitulado “*Three cases on possession*”. Neste trabalho, Goodhart estava convencido de que a *ratio* era encontrada nos fundamentos da decisão e não nos fatos. O artigo sofreu duras críticas e Goodhart mudou sua opinião, publicando o artigo “*Determining the ratio decidendi of a case*” em 1930.

⁷³ MARINONI, op. cit., p. 164-165.

⁷⁴ GOODHART, Arthur L. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. [S.l.]: The Yale Law Journal, v. 40, n.2, p. 179.

3.2.2 *Obiter Dictum*

Se há bastante divergência ao conceituar e identificar a *ratio decidendi* de um caso, pode-se dizer quase o mesmo para a *obiter dictum* (também chamada por *obiter dicta*), pois os dois conceitos são totalmente atrelados. Geralmente, para se identificar esse instituto, usa-se o método negativo, ou seja, tudo que está nos fundamentos do caso e não é *ratio*, pode ser classificado como *dicta*.⁷⁵

Todo material judicial que não é aproveitado para a formação do precedente, tudo aquilo que é dito durante um julgamento e não consta proposição necessária para sua solução, pode ser considerado *obiter dictum* (dito de passagem, pelo caminho).⁷⁶

Para se chegar a *dicta*, torna-se imprescindível admitir a *ratio decidendi* como necessária para a resolução da decisão. Isso porque, para diferenciar a *ratio* da *dicta*, deve-se levar em conta a necessidade da proposição para o desfecho do caso, pois as que não são necessárias, certamente são *dicta*. As passagens que são *obiter dicta* também se apresentam de outras formas, como as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. Nos Estados Unidos, a espécie de *dicta* mais comum consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.⁷⁷

Arthur L. Goodhart sugere que a conclusão baseada em um fato hipotético também é um *obiter dictum*. O fato hipotético é aquele cuja existência não foi determinada ou aceita pelo juiz.⁷⁸

Embora seja um elemento secundário de um precedente judicial e não possua poder de obrigação ou vinculante, a *obiter dicta* tem poder persuasivo, ou seja, pode ser usada como argumento de persuasão em outros casos.⁷⁹

⁷⁵ BARBOZA, 2014, p. 223.

⁷⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614.

⁷⁷ MARINONI, 2016, p. 169-170.

⁷⁸ GOODHART, 1930, p. 179.

⁷⁹ TUCCI, 2004, p. 177.

3.3 DIFERENCIAÇÃO E SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE: O *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

Como estudado, ao contrário das normas legais, a *ratio* é formada a partir de um conjunto de fatos e argumentos jurídicos (unidade fático-jurídica) que impedem que o precedente seja operado de forma mecânica. Isso porque os fatos do caso-precedente precisam ser comparados com os fatos inseridos nos casos aos quais se pretende aplicar o precedente, tanto quanto os argumentos consubstanciados no precedente podem ser reforçados ou desconstruídos em casos futuros. Vale dizer, o precedente está sujeito a evoluções, podendo sofrer restrição ou ampliação em seu campo de incidência, tanto como existe a possibilidade de sua revogação, se não mais em consonância com a sociedade.

A natureza dinâmica do precedente importa para o desenvolvimento do direito. Em uma sociedade complexa e em plena evolução, ocorre a necessidade do direito acompanhá-la.

Sendo assim, existem, de fato, muitas técnicas para dinamizar a teoria do *stare decisis*, permitindo a evolução do direito com a sociedade. Entre elas, duas se destacam e serão analisadas nesse trabalho: a técnica de distinção (*distinguishing*) e a técnica de superação (*overruling*).

3.3.1 *Distinguishing*

Levando-se em conta que a teoria dos precedentes judiciais tem o objetivo de regular o futuro, uma das questões principais da aplicação dessa teoria é a comparação da *ratio decidendi* dos precedentes com a dos outros casos. Entretanto, como deve ser feita essa comparação entre os dois casos, existindo a possibilidade de diferenciá-los? Para isto, existe a técnica do *distinguishing* (ou *distinguish*), mediante a qual o juiz confere se a identidade do caso em julgamento se compara com a identidade do precedente.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira compreendem que o *distinguishing* possui duas acepções, a saber, o *distinguish*-método e o *distinguish*-resultado. Na primeira acepção (*distinguish*-método), o *distinguishing* designa o

método de comparação entre o caso em análise e o caso paradigma. Na segunda acepção (*distinguish*-resultado), o *distinguishing* representa o resultado desse confronto, quando se depreende que os casos possuem alguma diferença ou semelhança, que pode culminar no afastamento ou na aplicação da *ratio decidendi*.⁸⁰

Segundo Neil Duxbury, “*distinguishing* é o que os juízes fazem quando eles diferenciam um caso do outro”⁸¹. Essa distinção é, basicamente, distinguir a *obiter dicta* e a *ratio decidendi* de um caso – separando os fatos materiais daqueles que são imateriais para uma decisão⁸². Na análise de Neil Duxbury, o conceito da técnica de *distinguishing* é mais baseada em um de seus possíveis resultados, no afastamento do precedente em comparação do caso em concreto, não no método de confronto entre o caso e o precedente.

O precedente, para produzir eficácia vinculante, deve ter sua *ratio* em absoluta identidade com a *ratio* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedent in point*⁸³. É importante colocar que os casos não necessitam ter a mesma identidade absoluta, pois na grande diversidade de possibilidades que guardam as circunstâncias de cada caso, seria quase impossível aplicar os precedentes se assim fosse. O que ocorre é que, muitas vezes, os fatos que geram a diferença entre os casos não são fundamentais para a decisão. Daí decorre a importância da teoria de se chegar na *ratio decidendi* de Arthur L. Goodhart⁸⁴, para bem determinar quais são os fatos que autorizam concluir pela distinção entre os casos, ou seja, pelos fatos que são materiais e pelos fatos que não irrelevantes.

A técnica de *distinguishing* pode ser erroneamente interpretada, de ser um método pelo qual o juiz pode descartar precedentes quando bem entender. Essa afirmação é inverídica, pois o *distinguishing* tem que ser sempre fundamentado. Não basta o juiz apenas apontar os fatos diferentes de um caso do outro, mas sim argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, não há justificativa para não se aplicar o precedente.⁸⁵

⁸⁰ DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual** civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. II, p. 406-407.

⁸¹ Original: “distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

⁸² DUXBURY, loc. cit.

⁸³ TUCCI, 2004, p. 174.

⁸⁴ Teoria explorada no item 3.2.1 do Capítulo II.

⁸⁵ MARINONI, 2016, p. 232.

Outra análise inverídica que pode ser retirada é a de que os precedentes, segundo a técnica de *distinguishing*, não possuem força obrigatória ou vinculante. O que acontece, na verdade, é uma limitação da força obrigatória deles. Isso pode ser verificado pela simples aplicação do método: o juiz não pode ignorar o precedente, mas deve justificar, fundamentadamente, os motivos pelos quais ele não pode ser aplicado no caso, ou seja, mesmo quando não utilizado, o precedente demonstra sua autoridade e força.⁸⁶

A não adoção do precedente, pelo uso da técnica de *distinguishing*, não guarda relação com o seu conteúdo ou com sua autoridade, não quer dizer que o precedente está errado ou deve ser revogado. A sua não adoção apenas diz respeito apenas em comparação do caso em questão, pois o juiz entenderia que, adotando o precedente, estaria dando uma decisão inadequada. Entretanto, a não aplicação de um precedente, quando acontece de forma rotineira, pode retirar naturalmente a autoridade e credibilidade dele, tornando-o *very distinguished*.⁸⁷

Numa primeira visão, esse método parece ter eficácia apenas negativa, afastando o precedente do caso em julgamento, não existindo a possibilidade da criação de uma norma ou direito novo⁸⁸. No entanto, a distinção entre precedentes também pode significar a criação de uma nova norma, como evidenciado por Neil Duxbury:

Se a corte decidiu em *Black v. Black* que X deveria ser o resultado quando se têm os fatos A, B e C, então se A, B e C são os fatos relevantes em *White v. White*, nós podemos esperar que o resultado seja X. Mas imagine que em *Grey v. Grey* a Corte distinga *Black v. Black* ao decidir que X deve ser o resultado quando A, B, C e E acontecem. Se em *Grey v. Grey*, A, B, C, mas não E estão presentes, então X não vai ser o resultado, apesar da presença dos fatos relevantes que o levaram a ser o resultado no caso anterior. Ao adicionar as condições necessárias para X, a Corte, em *Grey v. Grey* alterou a norma: a ratio decidendi de *Grey v. Grey* é mais restrita – vai ser aplicada em um menor número de casos, já que exige a presença de mais fatos relevantes – do que a de *Black v. Black*⁸⁹.

Este exemplo demonstra que o método de distinção pode criar nova norma, permitindo a alteração da ratio decidendi de um precedente. Há também, no sentido inverso, a possibilidade de se limitar o âmbito de incidência de um precedente para

⁸⁶ BARBOZA, 2014, p.226-227.

⁸⁷ MARINONI, 2016, p. 232-233.

⁸⁸ MARINONI, loc. cit.

⁸⁹ DUXBURY, 2008, p. 115.

não o aplicar no caso em julgamento. Nesse caso, não há aplicação do precedente no caso, pois é levado em consideração fatos materiais não tratados nos precedentes e que configuram o caso posterior como distinto⁹⁰.

3.3.2 *Overruling*

A técnica de *overruling* (superação dos precedentes), comparada com a de distinção, é considerada uma iniciativa judicial mais radical, pois é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova.⁹¹

Essa superação pode se dar por duas maneiras: de maneira expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*). É expressa, quando as Cortes superiores, de maneira expressa, acolhem nova orientação, abandonando a anterior, que perde totalmente seu valor vinculante. É tácita, quando uma orientação nova é adotada e entra em conflito com orientação anterior, embora sem expressão substituição dessa última.⁹²

A superação é cabível quando i) o precedente judicial se torna inexecutável ou obsoleto; ii) o precedente judicial deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou consistência sistêmica; iii) é admitida uma nova concepção de direito; iv) constata-se que o precedente judicial foi substancialmente errado ou mal concebido desde o início⁹³; v) quando o Tribunal inferior o criou cometeu um erro⁹⁴ - bastando apenas um desses motivos para se fundar a revogação.

Com relação a seus efeitos, a superação pode atuar com eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*) e eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*).

O *retrospective overruling* é considerado a regra geral no sistema common law, no sentido de que as decisões são frequentemente retroativas, ou seja, a nova regra é também aplicada às situações que ocorreram antes da decisão que a fixou⁹⁵. Em

⁹⁰ MARINONI, 2016, p. 234.

⁹¹ BARBOZA, 2014, p. 229.

⁹² TUCCI, 2004, p. 179.

⁹³ MARINONI, op. cit., p. 253-260.

⁹⁴ DUXBURY, 2008, p. 118.

⁹⁵ MARINONI, op. cit., p. 271.

outras palavras, o precedente substituído não poderá ser invocado no julgamento de casos ocorridos antes da substituição e que ainda estejam em julgamento⁹⁶.

O *prospective overruling* trata-se de instituto desenvolvido pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, a ratio decidendi do precedente continua vinculante aos casos anteriormente ocorridos, sendo revogada somente para os casos novos.⁹⁷

O precedente novo pode ser aplicado prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias. Pode ser aplicado a casos cujos efeitos somente podem ser produzidos após certa data ou cujos efeitos retroativos incidem somente sobre determinado caso. É possível também ser aplicado quando a revogação irá produzir efeitos somente após a possível criação legislativa de uma regra, caso o Legislativo não atue.⁹⁸

3.4 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTES, JURISPRUDÊNCIA, DECISÃO JUDICIAL E SÚMULAS

O funcionamento do sistema de precedentes judiciais passa por uma certa identificação e correto uso de seus institutos, que já foram estudados em capítulos anteriores⁹⁹. No âmbito externo, para boa compreensão do instituto e antes de analisar o sistema no ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessária a diferenciação do sentido de precedentes para outros institutos, principalmente do direito brasileiro, como a jurisprudência, a decisão judicial e as súmulas.

3.4.1 Precedente E Jurisprudência

Jurisprudência, nos países de tradição de *civil law*, tem uma concepção moderna quantitativa, sendo o resultado de um conjunto de decisões judiciais,

⁹⁶ TUCCI, 2004, p. 179.

⁹⁷ Ibid., p. 180.

⁹⁸ MARINONI, 2016, p. 271-273.

⁹⁹ Observar capítulos 3.2 e 3.3.

aplicações e interpretações das leis no mesmo sentido sobre uma matéria proferida pelos tribunais.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade de servir de parâmetro de controle”.¹⁰⁰

Sendo assim, logo no conceito básico de jurisprudência, têm-se a maior diferença entre esta e o precedente: o precedente é apenas uma decisão judicial, enquanto o pluralismo de decisões judiciais é uma característica da jurisprudência.

É possível que as existências de várias decisões sejam necessárias para amadurecer ou clarear a ideia de um precedente, mas em um caso em questão, apenas um precedente será invocado, utilizando-se da *ratio decidendi* do precedente em uma decisão.

É importante colocar que a jurisprudência, nos países de direito escrito, não pode ser considerada fonte de direito, sequer para os próprios tribunais. De um ponto de vista técnico-jurídico, nenhum juiz pode invocar a jurisprudência, nem de seu próprio tribunal, para dar uma decisão judicial, todavia esta pode ser citada para fundamentar sua própria decisão.¹⁰¹

Os precedentes, por outro lado, constituem importante fonte de direito, inclusive em países de tradição romano-germânica¹⁰². Eles podem ter força vinculante (obrigatória) ou persuasiva. Possui força obrigatória (*binding precedent*) quando tiver eficácia vinculante em relação aos julgados, que em situações análogas, lhe forem supervenientes. Possui força persuasiva (*persuasive authority*) quando não tem eficácia vinculante, sendo apenas um precedente persuasivo (*persuasive precedent*), já que o magistrado não tem a obrigação de segui-lo, mas se fizer, é por estar convencido de sua correção.¹⁰³

¹⁰⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 609-610.

¹⁰¹ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil, v.1:** parte geral. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 157-158.

¹⁰² TUCCI, 2004, p. 18.

¹⁰³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 394-396.

3.4.2 Precedente E Decisão Judicial

Embora um precedente origina-se de uma decisão judicial, ambos não devem ser confundidos. Para uma decisão se tornar um precedente, aquela deve ser dotada de certas características, tendo basicamente, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”¹⁰⁴.

Sendo assim, se todo precedente é uma decisão judicial, nem toda decisão constitui precedente. O precedente constitui-se de decisão acerca de matéria de direito (*point of law*), o que frequentemente não ocorre nas decisões, pois a maior parte destas decorrem acerca de questões de fato¹⁰⁵, peculiares e restritas a cada caso, não sendo capazes de gerar uma tese jurídica para futuros pronunciamentos.

Outra diferença possível de ser elencada é a de que muitas decisões se limitam a declarar apenas os efeitos expressos na lei, não acrescentando significado normativo ao texto legal. Só haveria precedente, nesses casos, se a decisão judicial desenvolvesse acréscimos aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Também não há precedente nos processos cujas decisões terminam por reafirmar a aplicação de um precedente já formado, pois nesses casos haveria apenas uma repetição do precedente, não sua criação.

Nessa perspectiva, segundo Luiz Guilherme Marinoni, uma decisão não constitui precedente quando: i) não se tratar de questão de direito; ii) limitar-se a apenas afirmar a letra da lei; iii) limitar-se a reafirmar um precedente; iv) não sustentar um fundamento (não apenas o resultado) pela maioria dos membros do colegiado – bastando um dos itens para a não ocorrência do precedente¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MARINONI, 2016, p. 157.

¹⁰⁵ CROSS; HARRIS, 1991, p. 169.

¹⁰⁶ MARINONI, op. cit., p. 158-159.

3.4.3 Precedente E Súmulas

O instituto da súmula – abreviação da expressão “*súmula da jurisprudência dominante*” - foi inserido no direito brasileiro no início dos anos 1960 para sistematizar, de forma concisa, as teses jurídicas firmadas pela jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a súmula resulta da catalogação das teses firmadas pela Corte após reiteradas decisões acerca dos temas que lhe são submetidos.¹⁰⁷

Segundo Victor Nunes Leal, as súmulas constituem um “método de trabalho”, um meio para ordenar e facilitar a tarefa do julgante de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto, não gozando igualmente de força vinculante¹⁰⁸. Já os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios ou vinculantes.¹⁰⁹

A particularidade das súmulas pode ser colocada pela circunstância de serem enunciados dos tribunais acerca de suas decisões, não sendo uma decisão que se qualifica como precedente.¹¹⁰

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, enquanto o enunciado acerca de decisões judiciais que gera precedente é construído em procedimento judicial que transcorre em contraditório e que se estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica, o mesmo não se pode dizer das súmulas, que não contam com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada.¹¹¹

Nessa perspectiva, pode-se colocar que a vital diferença entre precedentes e súmulas está na sua criação e aplicação. No processo da criação das súmulas no direito brasileiro, as Supremas Cortes Brasileiras passam de um texto (legal), chegam à norma extraída a partir de casos concretos e, partem, novamente, para um texto.¹¹²

¹⁰⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 14. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sÚmula-e-sua-evoluçã-no-brasil>> Acesso em 01 nov.2017.

¹⁰⁸ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 145, p. 1.

¹⁰⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 611.

¹¹⁰ MARINONI, 2016, p. 159.

¹¹¹ MARINONI, loc. cit.

¹¹² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 404.

Abstraem-se os fatos, o contexto e os casos dos quais as súmulas são elaboradas, perdendo a ligação entre súmula e o objeto de sua criação.

Por outro lado, na criação dos precedentes, o texto continua ligado ao caso concreto, aos fatos. Um precedente continua vinculado com sua *ratio decidendi*, com o caso de que foi elaborado, principalmente para poder haver uma correta aplicação do *distinguishing*, podendo resultar ou não da aplicação do precedente. As súmulas se distanciam da questão fática que foram originadas, que costuma ser ignorado, dificilmente até de ser consultado, como explica Luiz Guilherme Marinoni, “[...] as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram sua edição. As súmulas simplesmente se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico”.¹¹³

Dessa diferença, não há dúvidas de que as súmulas são textos legislativos, com pretensão de generalidade e abstração, como a lei¹¹⁴. É daí que é provida sua estrutura normativa. Nessa medida, os verbetes sumulares carregam os atributos da generalidade e da abstração, próprios às normas legais. Com essas características, o verbete sumular exhibe antes natureza conceitual do que factual, porque se afasta da identidade fática que caracteriza o precedente, para veicular texto abstrato com abertura semântica própria da lei.

¹¹³ MARINONI, 2016, p. 160.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para a evolução da *common law*, a doutrina do *stare decisis* não pode ser confundida com o sistema anglo-saxônico, tendo surgido no seu curso, principalmente pela preocupação dos juristas sobre a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

José Rogério Cruz e Tucci afirma que “os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina”.¹¹⁵

Atualmente, existe uma recíproca aproximação entre os dois sistemas. De um lado, a tradição anglo-saxônica busca trabalhar cada vez mais com o direito legislado. Do outro, os países da *civil law* vêm buscando outras formas de busca pela segurança jurídica, visto que a lei se mostrou ineficiente. No ordenamento jurídico brasileiro, a existência do controle difuso de constitucionalidade, o grande emprego de textos redigidos a partir de técnica legislativa aberta e uma nova compreensão a respeito da interpretação jurídica convergem para essa infiltração.¹¹⁶

As diferenças entre as atribuições dos juízes nas tradições do *civil law* e do *common law* são consequências das diferentes construções históricas pela busca do poder nos países desses sistemas. Contudo, a Revolução Francesa, influenciada por ideais utópicos, dentre os quais a amplitude e completude da legislação e a restrição da função do juiz a mero aplicador da lei, constituíram-se dogmas impossíveis de serem alcançados em sua plenitude.

Desse modo, o dogma da estrita separação dos poderes, o qual restringiu o juiz a ser *bouche de la loi*, além de não ser alcançado nos anos subsequentes à Revolução, também não foi capaz de sobreviver aos fatos históricos e às mudanças sociais, em especial as mudanças pós segunda guerra mundial.

¹¹⁵ TUCCI, 2004, p. 18.

¹¹⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 605.

Nesse sentido, na sequência pretende-se demonstrar como o impacto do constitucionalismo e a supremacia dos direitos fundamentais fomentaram uma expansão do *judicial review* nos sistemas de tradição romano-germânica, principalmente no ordenamento brasileiro, trazendo um juiz completamente distinto do desejado inicialmente pela *civil law* e aproximando-o com os da *common law*.

4.1.1 Impacto Do Constitucionalismo E Dos Direitos Humanos

A partir da metade do século XX, vários países começaram a adotar Cartas Constitucionais democráticas em que direitos humanos foram positivados em sistemas de direitos fundamentais. Tal movimento deu-se como uma resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, visando retirar os direitos humanos de qualquer debate deliberativo, deixando-os a salvo de maiorias eventuais, como a ocorrida na Alemanha nazista.¹¹⁷

Assim, a democracia exercida através da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, passou a ser limitada pelo constitucionalismo. Dessa forma, houve uma alteração dos papéis do Estado, visto que nos países de tradição da *civil law*, as decisões do Parlamento, as quais costumavam ser a máxima autoridade, tornaram-se sujeitas a um controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário.¹¹⁸

Desde então, a expansão mundial do *judicial review* deu-se principalmente por dois fenômenos: a Revolução de Direitos Humanos e a judicialização da política. O primeiro identifica-se pelo novo papel dos tribunais, como protetores e interpretadores dos direitos fundamentais. Já o segundo caracteriza a transferência de parte do poder político do Legislativo para o Judiciário, ao qual então coube resolver assuntos morais e políticos que não atingiram consenso na esfera parlamentar.¹¹⁹

¹¹⁷ BARBOZA, 2014, p.77.

¹¹⁸ BARBOZA, loc. cit.

¹¹⁹ BARBOZA, loc. cit.

4.1.1.1 Revolução dos direitos humanos

A Revolução Francesa teve como um de seus grandes pilares o ideal de limitação do poder do Estado Absoluto, conferindo à lei e ao Parlamento supremacia ilimitada, por refletirem a vontade geral da nação¹²⁰, e restringindo o Judiciário a um mero aplicador da lei.

Esse modelo de Estado de Direito predominou na Europa por mais de um século e meio, quando as duas Guerras Mundiais mostraram sua insuficiência em garantir a democracia e os direitos humanos. O exemplo mais claro dessa deficiência foi o Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), o qual apesar de ter sido concebido inteiramente dentro de práticas formais e legais, permitiu a ascensão do regime nazista e a banalização da vida humana, culminando em totalitarismo, imperialismo e genocídio, indo contra toda e qualquer ideia de direitos fundamentais.¹²¹

Perante tais atrocidades, buscou-se, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, uma concepção de Estado de Direito que não fosse meramente formal, mas que também possuísse princípios substantivos¹²² a serem respeitados por toda atividade estatal. Ou seja, os direitos fundamentais foram elevados a uma hierarquia superior, não estando mais passíveis a deliberações políticas.

Os Estados passaram então a adotar constituições democráticas, segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “trazendo textos constitucionais abertos, com princípios e direitos fundamentais, dotados de alta carga axiológica e tendo como fundamento o princípio da dignidade humana”.¹²³ Além disso, as Constituições deixaram de ser apenas enunciados políticos e filosóficos e adquiriram caráter vinculante e obrigatório, capazes de limitar o poder do parlamento.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 69.

¹²¹ BARBOZA, 2014, p.79.

¹²² CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

¹²³ BARBOZA, op. cit., p. 83.

4.1.1.2 Judicialização da política

Como já visto, após a metade do século XX, vários países passaram a positivar os direitos humanos em suas Constituições. Esses direitos, então, começaram a influenciar o direito interno de cada país, levando-os a adotarem Cartas de Direitos Fundamentais que acabaram servindo como parâmetro para os tribunais em controle de constitucionalidade e controle dos atos administrativos. Até países da *common law* possuem Cartas de Direitos Fundamentais, inclusive servindo como o mesmo parâmetro de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis.¹²⁴

Nessa perspectiva, as Cortes Constitucionais começam a ganhar mais poder e demandas pela sociedade para resolver tanto questões de significado e conteúdo dos direitos fundamentais, como questões das políticas necessárias para sua realização e defesa. Ou seja, o poder político se transfere para os tribunais, saindo da esfera parlamentar para o Poder Judiciário.¹²⁵

Esse fenômeno é dado atualmente como a judicialização da política e segundo Ran Hirschl, ele é realizado e pode ser dividido em três categorias: (1) a disseminação do discurso jurídico, do jargão, das regras e dos procedimentos para a esfera política e para os fóruns de discurso político; (2) judicialização de formulação de políticas públicas por meio de revisão de atos administrativos e do controle de constitucionalidade; e (3) a judicialização da “política pura” - a transferência para o tribunais de questões de natureza política e de grande significância, incluindo questões sobre a legitimidade do regime central e questões de identidade coletiva que definem (e muitas vezes dividem) políticas inteiras.¹²⁶

A primeira categoria vem em consonância com o avanço da sociedade e das relações sociais, o Estado Moderno está evoluindo cada vez mais e essa judicialização vem para as leis acompanharem a evolução das relações sociais e culturais. O segundo aspecto é o mais concreto, pois traz o Judiciário para resolver questões de direitos garantidos constitucionalmente – via decisão de políticas

¹²⁴ BARBOZA, 2014, p. 93.

¹²⁵ BARBOZA, loc. cit.

¹²⁶ HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide.** [S.l]: Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, p.723. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>> Acesso em: 27 mar. 2018.

públicas, ocasionando assim um novo retrato para a separação dos poderes, redefinindo os próprios limites do Legislativo, Executivo e Judiciário.¹²⁷

A terceira categoria de judicialização diz respeito às questões que são imprescindíveis para a sociedade, questões de ordens morais e políticas que não têm concordância na esfera parlamentar e acabam sendo transferidas para a competência do Judiciário.

No Brasil, com o fim do regime militar e o início do processo de redemocratização, o Poder Judiciário foi imerso de poder pela busca da justiça e pela volta do seu livre funcionamento, assim como o processo de instauração de um Estado Democrático necessitou de juízes legítimos e aptos a desenvolver o direito, com capacidade de decidir entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado.¹²⁸

Atualmente, muitas das questões políticas que são trazidas aos Tribunais são por partidos políticos ou por grupos de interesse – principalmente minoritários, mostrando que esse fenômeno não pode ser classificado como jurídico ou que vai em contraste com a separação dos poderes, mas sim um fenômeno político, que coloca o Judiciário nessa posição legítima, já que provocado por agentes políticos e, também, por estar legitimado na Constituição Federal.¹²⁹

Sendo assim, observa-se que o desafio está em superar os impedimentos colocados para o juiz no cerne da *civil law*, a qual o colocava apenas como mero aplicador da lei. A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política mostram que o papel do juiz da *civil law* se aproxima cada vez mais ao juiz da *common law*, não apenas no sentido de interpretar a lei, mas porque esse assume o dever de concretizar direitos que só terão sentido no caso concreto, fazendo-o dele um *judge-made-law*, o mesmo juiz encontrado no sistema da *common law*.¹³⁰

¹²⁷ HIRSCHL, 2006, p. 724-726.

¹²⁸ BARBOZA, 2014, p. 99-101.

¹²⁹ Ibid., p. 101-105.

¹³⁰ Ibid., p. 105.

4.2 SISTEMA DE VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES

Se no âmbito da materialidade constitucional há aproximação dos sistemas da *civil law* aos da *common law* quando utilizam os direitos humanos e fundamentais como parâmetros do *judicial review* (controle de constitucionalidade), é correto dizer que há também uma maior aproximação entre os sistemas no âmbito processual, principalmente pela preocupação do legislador em trazer maior segurança jurídica, uniformidade das decisões e celeridade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, já são vistas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro a fim de aproximá-lo também no aspecto processual ao sistema de vinculação aos precedentes próprio da *common law*.

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, trouxe as primeiras mudanças nesse sentido, alterando o art. 102, §2, assim como acrescentando o art. 102, §3 e o art. 103-A na Constituição Federal¹³¹.

Segundo a nova redação do art. 102, §2: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, evidenciando uma clara aplicação da doutrina do *stare decisis* vertical, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário a seguir os precedentes.

A Emenda Constitucional 45/2004 também acrescentou o parágrafo 3º ao art. 102 da CF, nestes termos: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Nesse parágrafo, ocorre a inserção da “repercussão geral” como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o que, segundo Estefânia Maria Queiroz demonstra “intenção de objetivação de controle de constitucionalidade do direito brasileiro e aproximação ao sistema americano, que exige que haja repercussão geral, até porque os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte serão *erga omnes* e vinculantes”.¹³²

¹³¹ BARBOZA, 2014, p. 289

¹³² *Ibid.*, p. 280.

Ademais, segundo o art. 1035¹³³ do CPC de 2015, não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao STF, tratando-se de um requisito intrínseco de admissibilidade recursal.¹³⁴

Nesse sentido, a repercussão geral debatida tem de ser “relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além, de transcender o interesse subjetivo das partes na causa”, logo, é possível justificar que as decisões nessas questões também devem ter repercussão social, política ou econômica que justifique a regra de aplicação do precedente, com eficácia vinculante e *erga omnes*, dando a persecução da unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro.¹³⁵

A Emenda n. 45 ainda inseriu o art. 103-A na Constituição de 1988, criando a possibilidade de criação das súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta em todas as esferas do poder, buscando a uniformização da jurisprudência, a segurança jurídica e a não incidência de processos repetitivos sobre a mesma questão.

Como já estudado nesse trabalho¹³⁶, as súmulas acabam sendo apenas a síntese de um entendimento jurisprudencial, pois apenas em sua leitura não é possível observar os fatos determinantes para sua criação, nem mesmo a *ratio decidendi* que irá vincular os futuros casos. O que ocorre, na prática, é que os julgadores não vão buscar a *ratio decidendi* ou o caso que originou a súmula vinculante, podendo haver um uso equivocado da súmula em casos passíveis de julgamento. Dessa forma, é possível dizer que seria mais benéfico ao direito brasileiro assumir o sistema de vinculação aos precedentes como foi construída nos sistemas da *common law*, com todos seus institutos e hipóteses de distinção e revogação, do que adotar o sistema de súmulas vinculantes.¹³⁷

Mais atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades no âmbito dos precedentes judiciais, que serão estudadas no próximo tópico.

¹³³ “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.” BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

¹³⁴ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1033.

¹³⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1033.

¹³⁶ Ver tópico 3.4.3.

¹³⁷ BARBOZA, 2014, p. 280.

4.2.1 Aplicação Dos Precedentes Pelo CPC De 2015

O Código de Processo Civil trouxe dispositivos que denotam um sistema de precedentes, agora positivado no ordenamento brasileiro. Seu texto procurou dar maior estabilidade e unidade a um sistema que se encontrava frustrado quanto a esses fundamentos, indicando algumas hipóteses de vinculação obrigatória dos precedentes e também de fundamentação adequada, como será analisado nesse próximo tópico.

4.2.1.1 Hipóteses de vinculação e o art. 927 do CPC/2015

Para começar a análise de situações nas quais o Código de Processo Civil de 2015 pressupõe o respeito aos precedentes, é importante evidenciar primeiramente o art. 926, caput, do CPC/2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Faz-se necessária, contudo, uma melhor interpretação desse artigo, principalmente pelo significado dos tribunais e da jurisprudência citados. É preciso distinguir as funções das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) das Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), como explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

(...) seria necessário particularizar o art. 926 que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar *unidade ao direito*. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o *dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes*. Isso porque as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate ao respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito (...)¹³⁸

Sendo assim, é visto que a tarefa de uniformizar o direito é inerente a das Cortes de Justiça, que têm o dever de garantir a isonomia das decisões a ela dirigidas,

¹³⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 608.

enquanto as Cortes Supremas devem dar unidade ao direito, gerando precedentes para guiar a interpretação de juízes em casos futuros.

Mas merece ressalva o emprego do termo jurisprudência pelo legislador, que não se preocupa em diferenciá-la de súmulas e precedentes¹³⁹. Enquanto a jurisprudência é inerente às Cortes de Justiça, apenas as Cortes Supremas formam precedentes. Já as súmulas podem partir de ambas as cortes.¹⁴⁰

Feitas as ressalvas necessárias, o art. 926 serve para instituir o que a doutrina declara como *stare decisis* horizontal, ou seja, o respeito dos tribunais aos seus próprios precedentes. Nesse caso, o legislador determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais respeito à própria jurisprudência.¹⁴¹

Nesse sentido, o legislador institui, por meio do art. 927, a chamado teoria do *stare decisis* vertical, ou seja, a necessidade das cortes inferiores de seguirem os precedentes das cortes superiores – no caso do Brasil, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O art. 927¹⁴² do CPC/2015 preceitua como precedentes obrigatórios as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STF em matéria infraconstitucional, além da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As decisões em controle concentrado de constitucionalidade já possuíam uma certa força pois gozam de eficácia *erga omnes*. A eficácia *erga omnes* significa a irradiação dos efeitos da decisão imediatamente a todos que se encontrarem naquela situação, ou seja, em uma decisão em que um dispositivo é declarado inconstitucional, o dispositivo é declarado inconstitucional para todos casos que se encontrem naquela

¹³⁹ Ver mais no tópico 3.4.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, 2015, p. 609

¹⁴¹ Ibid., p. 612.

¹⁴² “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.” BRASIL, 2015.

situação, imediatamente. A vinculação através do precedente, por sua vez, exige que os juízes, caso se deparem com novos casos, semelhantes ao caso anterior, deem o mesmo entendimento (*treat like cases alike*).¹⁴³

Para dar real sentido à observação das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, deve-se colocar que a *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade têm eficácia obrigatória. Na decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 1.987, o relator, Min. Maurício Correa, afirmou que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADIn. 1.662, como, essencialmente, estava em confronto com os seus motivos determinantes. Em outras palavras, disse o Ministro Relator, que a decisão contra a qual se reclamou contrariou os motivos determinantes da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade. Assim, se a norma x foi considerada inconstitucional em virtude das razões y, a norma z, porém substancialmente idêntica a x, exige a aplicação das razões y.¹⁴⁴

Igualmente, tanto as súmulas vinculantes quanto as não vinculantes são de observância obrigatória.

Como já estudado e analisado nesse trabalho, as súmulas se preocupam apenas com a adequada delimitação de um entendimento jurídico, não havendo sua ligação com os fatos que a originaram nem com a sua *ratio decidendi*, o que torna uma preocupação ao ordenamento jurídico brasileiro sua aplicação conforme precedentes obrigatórios. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “a súmula é o enunciado de tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta”.¹⁴⁵

Aqui se faz importante citar o art. 926, §2 do CPC/2015, que diz “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Esse é um claro indício de que as súmulas são inferiores, do ponto de vista qualitativo, aos precedentes, visto que para aquela ser criada, o tribunal deve ater-se aos precedentes. Porém, o principal problema está em sua aplicação, pois nesta os julgadores não buscam a *ratio decidendi* do caso que originou a súmula, não havendo a possibilidade de um *distinguished* do caso em análise, levando na aplicação ou não aplicação da súmula no caso concreto.

¹⁴³ BARBOZA, 2014, p. 282.

¹⁴⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1050-1051.

¹⁴⁵ MARINONI, 2016, p. 287.

Identifica-se uma imprescindibilidade de uma teoria que possa explicar como os precedentes podem ser usados, elaborados e revogados no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁶

De outro lado, igualmente devem ser observados os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e a técnica dos recursos extraordinário e especial repetitivos, institutos que guardam grande diferença em relação ao sistema de precedentes. As decisões dos precedentes objetivam criar uma unidade de direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais, enquanto as decisões citadas no inciso destinam a resolução de casos repetitivos ou a prevenção de casos que podem surgir pela relevância da questão de direito suscitada (assunção de competência), ou seja, se regulam a decidir casos que já existem ou que podem existir em face de determinado litígio. Além do mais, o final do inciso buscou apenas positivar no Código de Processo Civil que os recursos extraordinários e especiais têm “claro e inculcável efeito obrigatório”.¹⁴⁷

Por fim, o inciso V do artigo 927 do CPC, ao determinar que devam ser observadas a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, buscou positivar a doutrina do *stare decisis* no sentido horizontal, no qual os tribunais devem respeitar seus próprios precedentes, e no sentido vertical, no qual os órgãos inferiores devem respeito aos órgãos superiores. Esse dispositivo se mostra prescindível, visto que sua aplicação decorre da lógica de hierarquia do sistema jurídico.

Além do art. 927, outros dispositivos vieram com o Código de Processo Civil de 2015 para atribuir força ao novo sistema de precedentes. São exemplos a possibilidade de improcedência liminar do pedido, art. 332¹⁴⁸, a dispensa de remessa

¹⁴⁶ MARINONI, 2017, p. 287.

¹⁴⁷ MARINONI, loc. cit.

¹⁴⁸ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.” BRASIL, 2015.

necessária, que se encontra no artigo 496, §4^o¹⁴⁹, e, também, os poderes do relator previstos no artigo 932, incisos IV e V¹⁵⁰, todos do Código de Processo Civil.

As hipóteses relacionadas no art. 332, da improcedência liminar do pedido, são similares às hipóteses do art. 927, dando uma maior força ao sistema de precedentes.

O segundo caso apresentado, da dispensa de remessa necessária, traz como norte as hipóteses de sentenças fundadas em entendimentos consolidados, ou seja, casos de precedentes vinculantes. Dispensa-se, assim, uma reanálise de casos em que já haja precedente obrigatório que trate da matéria, e a sentença o mantiver, visto que a manutenção desta pelo tribunal seria evidente.

Por fim, verifica-se que dentre os poderes conferidos aos relatores existe tanto a possibilidade negar seguimento desde logo ou, após corrido o prazo para apresentação das contrarrazões, julgar procedente o recurso nos casos de precedentes vinculantes. Denota-se, que tanto no primeiro caso como neste, na hipótese do inciso IV, encontra-se um óbice à revisão da decisão tendo por razão a sentença fundada em precedente.

A análise dos dispositivos citados mostra que o ordenamento jurídico brasileiro visa o fortalecimento de um sistema de precedentes judiciais.

¹⁴⁹ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.” BRASIL, 2015.

¹⁵⁰ “Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.” BRASIL, 2015.

4.2.1.2 Fundamentação do precedente e o art. 489, §1, do CPC

Para o uso correto dos precedentes, faz-se necessária a consideração dos fatores determinantes da decisão, a identificação de sua *ratio decidendi*, para distinguir essa das proposições que não são necessárias para solução do caso, que são chamadas de *obiter dicta*. O processo de identificação dos fatores elementares dos precedentes é importante para sua aplicação, que dependem da interpretação do material constante da decisão. Por isso, parte da doutrina afirma que os precedentes são formados pelos seus destinatários.¹⁵¹

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil determina, através do art. 489¹⁵², §1º, que juízes, desembargadores e ministros não apenas apliquem os precedentes, mas que respeitem o contraditório e a exigência de fundamentação de suas indicações, não apenas indicando o acórdão ou decisão judicial utilizados como precedentes, mas relacionando-os com o caso concreto e, como menciona o legislador, “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, evitando a transformação do juiz em uma espécie de “boca da jurisprudência”.¹⁵³

É importante denotar que os “fundamentos determinantes” a que se refere o inciso V do artigo 489, §1º, do CPC, são aqueles que determinam o resultado ou a conclusão da decisão, em outras palavras, a *ratio decidendi*. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o artigo 489 veio para proibir duas práticas que vinham se tornando costumeiras no direito brasileiro: “i) o simples registro de acórdão de Corte Suprema como fundamento para decidir e ii) a não consideração de acórdão de Corte Suprema invocado pela parte”.¹⁵⁴

¹⁵¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614.

¹⁵² “Art. 489, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela decisão 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 da 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.” BRASIL, 2015.

¹⁵³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 614.

¹⁵⁴ MARINONI, 2016, p. 338.

A motivação das decisões judiciais cumpre várias funções essenciais: i) permite aferir a imparcialidade do juiz; ii) possibilita verificar a juridicidade e a legitimidade dos julgamentos; iii) assegura às partes meios concretos para constatar que seus argumentos foram analisados pelo órgão judicial; iv) evita o arbítrio judicial; v) delimita o âmbito do *decisium*; vi) torna possível que as partes inconformadas apresentem razões recursais, impugnando os fundamentos da decisão.¹⁵⁵

É por isso que o art. 93, IX, da CF/1988, impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais e o não cumprimento deste dispositivo constitucional gera a nulidade dos julgamentos.

Busca-se, portanto, combater a prática de *pseudofundamentações*¹⁵⁶, ou seja, as decisões que se limitam a mencionar apenas ementas de acórdãos ou enunciados de súmulas, sem fazer a correlação necessária entre o caso paradigma e o caso concreto.

Além disso, impõe-se ao julgador o dever de fazer a análise aprofundada dos casos, a comparação de suas características, de modo a justificar a razão de divergir, garantindo a independência e promovendo a efetivação da garantia constitucional do contraditório.

Nesse viés, verifica-se a importância da distinção entre os casos, feita pelos julgadores ou pelos próprios advogados, instituto próprio da *common law*. Caso não ocorra a distinção, o julgador deve-se valer da superação do entendimento, devidamente fundamentado.

4.2.2 Crítica À Aplicação Dos Precedentes

Importa, nesse momento, ressaltar que ao se "importar" métodos e conceitos é necessário que haja uma adequação à realidade nacional e principalmente uma mudança cultural na aplicação do Direito pelos tribunais e pelos advogados. Ainda, é

¹⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da decisão**. 6. Ed. São Paulo: ed. RT, 2007, p. 313.

¹⁵⁶ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 241, p. 413-438, mar.2015.

preciso lembrar que embora o *civil law* caminhe em direção a uma verdadeira sobreposição entre a interpretação e a criação do direito, 'oficialmente' resiste-se em aceitar a decisão judicial como fonte formal do direito.

Assim, conforme demonstrado anteriormente, inegável uma aproximação entre o que está positivado no Código de Processo Civil e os institutos utilizados na doutrina do *stare decisis* nos países de *common law*. Contudo, verifica-se que o contexto histórico difere gerando uma aproximação sistêmica mais aparente.

Explicando melhor, apesar da aproximação entre os institutos apresentados, a aplicação do precedente no Brasil ainda ocorre de maneira deturpada e não é simplesmente com a positivação que isso mudará. Nesse sentido, entende-se que houve um avanço enorme ao tratar-se desse assunto, trazendo mudanças significativas capazes de gerar resultados para curar as feridas do atual sistema.

4.3 IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL

Como estudado no decorrer do trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro vem se aproximando muito do sistema *common law*, tanto em aspectos processuais, como em aspectos materiais. Nesse subtópico, pretende-se mostrar a importância dos precedentes no direito brasileiro contemporâneo e, principalmente, no contexto jurídico atual.

Apenas a existência de decisões distintas para casos iguais já seria um motivo para a aplicação de um sistema de precedentes. Entretanto, os benefícios para a sociedade e para o Direito vão muito mais além da segurança jurídica, como será demonstrado.

4.3.1 Da Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, "a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das

consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”¹⁵⁷.

Para Neil MacCormick, “entre os valores que o Estado de Direito assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham [...]”¹⁵⁸.

A segurança jurídica é de importância fundamental para o cidadão, pois é indispensável para que ele possa definir suas ações e seu comportamento, ou seja, seu modo de vida. Ademais, o cidadão também necessita da segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e, caso haja desrespeito, os órgãos encarregados de aplicá-lo, tenham competência e capacidade para aplicá-los corretamente e justamente.¹⁵⁹

Para se ter essas seguranças, existe a necessidade de haver univocidade na qualificação das situações jurídicas, que só podem ter uma interpretação. A previsibilidade e a estabilidade do ordenamento jurídico também são características essenciais para um Estado de Direito que deseja ter certeza de suas decisões e para uma sociedade capaz de moldar seu modo de viver de acordo com um direito único e seguro.

4.3.1.1 Da previsibilidade

A previsibilidade pode ser vista pelos jurisdicionados como um requisito à segurança jurídica. No sistema da *civil law*, sustenta-se que a previsibilidade diz respeito ao conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Entretanto, isso seria de acordo com a ideia inicial do sistema, no qual as leis deveriam ser tão claras e objetivas que não poderiam existir dúvidas ao juiz. Sendo assim, em um contexto contemporâneo e real, a interpretação jurídica que deve ser realmente avaliada, haja vista o grande número de leis especiais e normas de conteúdo aberto, que promovem ainda mais o poder de interpretação dos juízos.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MARINONI, 2016, p. 96.

¹⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18.

¹⁵⁹ MARINONI, op. cit., p. 97.

¹⁶⁰ Ibid., p. 99.

Por outro lado, no sistema *common law*, o conhecimento do texto legislado pode ser visto dispensável à previsibilidade e à segurança, visto que a previsibilidade está conexas com as decisões do Poder Judiciário, não com o texto legislado. Essa previsibilidade que permite ao advogado da *common law* se valer dos precedentes e poder passar, de início, um resultado mais possível para seu cliente, enquanto o advogado da *civil law* tem que se valer da lei e, conforme o juiz que seja sorteado para o caso, a interpretação poderá ser diferente e assim, conseqüentemente, é real a existência de mais de um resultado para a mesma ação.¹⁶¹

Nota-se que essa falta de previsibilidade desencadeia muitas outras características presentes no direito brasileiro, como o grande estímulo de propositura de ações, o acúmulo de trabalho, o desestímulo a acordos – já que os resultados não são previsíveis – e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.

Massimo Corsale afirma que um ordenamento jurídico absolutamente destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas não pode sobreviver enquanto tal.¹⁶² Ou seja, a previsibilidade é imprescindível para um ordenamento poder ser qualificado de jurídico.

O sistema jurídico brasileiro, entretanto, possui tremenda incapacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Na prática jurisprudencial brasileira, decisões do Superior Tribunal de Justiça, órgão garantido pela Constituição de dar unidade ao direito federal, são completamente desconsideradas. Até mesmo no âmbito interno da corte, muitas vezes, isso ocorre. O resultado disso acaba sendo juízes de primeiro grau e tribunais com total descaso das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas.¹⁶³

Por outro lado, a *common law*, mediante a doutrina dos precedentes judiciais, possui plena capacidade de promover a previsibilidade, que tem como seu objetivo principal a segurança das relações sociais.

¹⁶¹ MARINONI, 2016, p. 100.

¹⁶² CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legittimità**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 36.

¹⁶³ MARINONI, op. cit., p. 101-102.

4.3.1.2 Da estabilidade

A estabilidade é outro ponto crucial dentro de um sistema com elevada segurança jurídica, a ordem jurídica deve ser estável e contínua para que mantenha sua eficácia e legitimidade perante a sociedade. Entretanto, essa estabilidade não deve ser vislumbrada apenas no texto legislado, mas também nas decisões judiciais pois, de nada adiantaria, uma ordem jurídica com a legislação estável e com decisões que variam desvairadamente.¹⁶⁴

Entretanto, para que isso ocorra, a decisão judicial deve ser vista como pertencente a um sistema, não como um ato singular de um juiz ou de um tribunal, ou seja, a decisão, como ato de poder, deve ser compreendida em uma globalidade do sistema de produção de decisões, só para assim poder se manter estável com as demais, o que, infelizmente, não ocorre no Brasil, mas é uma base para um sistema forte de precedentes judiciais.¹⁶⁵

4.3.2 Da Igualdade

A igualdade é elemento indispensável em um Estado Democrático de Direito e é trazida na Constituição Federal, no art. 5º, caput, o qual diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Tanto os particulares como o Estado estão submetidos a esse princípio da Carta Magna, princípio que admite o tratamento desigual apenas quando necessário para satisfazer a igualdade, em determinada circunstância.¹⁶⁶

O Poder Judiciário da *civil law* submete-se a esse princípio no tratamento igualitário das partes no interior do processo, entretanto esquece-se desse mesmo princípio na hora de satisfazer a tutela jurisdicional, no momento de decidir.

Sendo assim, é visto na doutrina de processo civil brasileira que o princípio da igualdade nessa matéria trata comumente em aspectos internos ao processo, principalmente naquele que diz respeito à participação das partes. A isonomia

¹⁶⁴ MARINONI, 2016, p. 103.

¹⁶⁵ MARINONI, loc. cit.

¹⁶⁶ Ibid., p. 111.

analisada é do tratamento igualitário das partes, se a lei promove que ambas partes tenham os mesmos instrumentos para buscar seu direito, em “paridade de armas”, assim como se o juiz confere às partes o mesmo tratamento.¹⁶⁷

A isonomia também é analisada pela igualdade ao processo, ou seja, a igualdade de acesso à justiça e a igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. A primeira diz respeito a igualdade para os que têm dificuldades econômicas para buscar a justiça, representada, por exemplo, pelos Juizados Especiais e pelos benefícios da justiça gratuita; a segunda aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferentes do “procedimento único”, como a tutela de urgência e a tutela de evidência previstas no Código de Processo Civil.¹⁶⁸

Claro que as igualdades nos três aspectos citados acima – tratamento igualitário às partes no processo, igualdade ao acesso à justiça e igualdade de procedimentos e técnicas processuais - são imprescindíveis na busca por uma decisão justa e racional, mas ocorre que no processo civil da *civil law*, o princípio da igualdade não contempla o objetivo de quem busca o Poder Judiciário e requer essa isonomia dentro do processo exatamente por isso: a igualdade diante das decisões judiciais. Caso uma decisão judicial seja considerada algo maior do que um simples ato singular de um juiz, seja um fruto de todo um sistema judicial, é necessária a igualdade nesse aspecto. Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

A ideia de processo justo não é suficiente para legitimar a decisão. O respeito aos direitos fundamentais processuais é requisito para se ter decisão justa; porém, embora necessário, trata-se de requisito insuficiente. A tese que faz supor que a justiça da decisão decorre de um processo justo é reductiva, pois desconsidera o conteúdo da decisão, dando ênfase apenas ao procedimento. Nessa perspectiva, a decisão é o simples resultado do procedimento, um ato jurisdicional despido de conteúdo substancial. O que importa é somente a qualidade e a substância do procedimento.¹⁶⁹

Nessa perspectiva, segue também Estefânia Maria Queiroz de Barboza, “[...] a uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MARINONI, 2016, p. 112-113.

¹⁶⁸ Ibid., p. 113.

¹⁶⁹ Ibid., p. 112.

¹⁷⁰ BARBOZA, 2014, p. 240.

Como já trazido anteriormente nesse trabalho, passada a ideia utópica de não haver interpretação da lei pelo juiz no sistema da *civil law*, é necessária a ideia de igualdade de decisão judicial trazida por um sistema de precedentes, pois não é concebível em um Estado de Direito que possa haver mais de uma interpretação para uma mesma norma, principalmente quando um juiz de 1º grau ou um Tribunal vai em direção contrária da interpretação daquela Corte que é legitimada pela Constituição Federal para dar uma interpretação para respectiva lei, seja da lei federal ou de atribuição de sentido à Constituição.

4.3.3 Da Celeridade E Economia Processual

Um dos principais problemas atuais nos processos brasileiros se encontra na sua duração, que leva inevitavelmente a também um maior custo, tanto para as partes, como para o Estado.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a grande duração à prolação da decisão final traz prejuízo para todos, inclusive a sociedade, mas principalmente para a parte que, em face do litígio, não está com o bem ou o patrimônio que disputa em suas mãos¹⁷¹. A importante EC 45/2004 inseriu no art. 5 da CF o inciso LXXVIII, definindo a duração razoável do processo. Sendo assim, desde mais de uma década atrás, é vislumbrado esse problema que, inclusive, teve seu princípio base positivado na Constituição Federal.

O uso dos precedentes facilita o trabalho do Judiciário, além de torná-lo muito mais rápido, visto que o juiz deve comparar os casos em litígio com o precedente (*distinguishing-método*), analisando se o respectivo precedente pode se adequar ou não ao caso em questão. A fundamentação no sistema de precedentes é menor, já que não existe a necessidade do órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos já apresentados no precedente.¹⁷²

O enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC dispõe exatamente nesse sentido: “O art. 489, § 1.º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na

¹⁷¹ MARINONI, 2016, p. 138.

¹⁷² Ibid., p. 139-140.

formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.¹⁷³

Ademais, sendo o recurso admissível apenas em questões excepcionalíssimas dentro do sistema de precedentes, a parte não é prejudicada por essa demora, muito menos a administração pública.

Nessa perspectiva, é fácil vislumbrar a economia processual em um sistema de precedentes, já que a interposição de recurso se torna desnecessária – sendo utilizada apenas em casos excepcionais. Os processos que irracionalmente já deveriam estar encerrados, no sistema atual, continuam gerando custos para as partes, além dos gastos com funcionários, juízes, auxiliares da justiça, assim como gastos na própria estrutura do Poder Judiciário.¹⁷⁴

4.3.4 Da Garantia Da Imparcialidade Judicial

Em países de tradição romano-germânica, a garantia da imparcialidade judicial se encontra na fundamentação de cada julgado, servindo para legitimar a decisão judicial, principalmente em casos de maior repercussão perante a sociedade, como também para garantir a imparcialidade do juiz perante as partes e a sociedade.

Como já visto nesse trabalho, a existência de apenas uma interpretação para uma norma jurídica foi uma utopia do sistema *civil law* e no decorrer da história, com o surgimento de variadas normas abertas, essa utopia foi deixada cada vez mais longe. Sendo assim, se uma Câmara, Turma ou um juiz podem ter diversas interpretações para uma norma e pode inseri-la em sua fundamentação, como essa garantia da imparcialidade judicial pode realmente acontecer?

Por outro lado, a garantia da imparcialidade, em um sistema de precedentes, não está contida na fundamentação do juiz que está julgando o caso, mas sim nos casos que já foram decididos, mantendo a coerência e a segurança jurídica. Em um sistema assim, a imparcialidade é adquirida obrigando o juiz a não julgar em contraste com o que já foi decidido, com o passado.

¹⁷³ **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas civis.** Florianópolis, mar. 2017. <http://www.cpcnovo.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802afe2c25acb93ce56a44e47> Acesso em 27 mar.2018.

¹⁷⁴ MARINONI, 2016, p. 140.

4.3.5 Da Ordem Jurídica E Do Duplo Grau De Jurisdição

Não restam dúvidas de que o sistema da *civil law*, em seu início, buscava a segurança jurídica por meio da lei, sendo o juiz um mero aplicador. Sendo assim, é difícil crer que o princípio do duplo grau de jurisdição veio diretamente desse começo pois, se o juiz era apenas aplicador da lei, sem poder de interpretação, por que deveria existir o duplo grau, já que a decisão era única? Para isso, deve-se ir as origens da Revolução Francesa. Em 1790 foi instaurada a Corte de Cassação, órgão que não pertencia ao Poder Judiciário, mas que tinha o poder de cassar decisões destoantes da lei, ou seja, era uma Corte criada pelo Poder Legislativo para reprimir a atuação judicial, justificado pelo medo de que o Judiciário pudesse ir contra a lei produzida pelo Parlamento.¹⁷⁵

Isso acontecia justamente porque havia desconfiança dos juízes, o que, por outro lado, era totalmente diferente na tradição da *common law*, que confiava em seus julgadores. No entanto, esse princípio se perdurou no tempo e, mesmo no direito brasileiro contemporâneo, continua em um patamar de princípio fundamental.

O que não é observado, entretanto, é que isso acaba apenas trazendo desconfianças aos juízes de primeiro grau, que não têm poder nem para julgar uma ação de despejo fundada em falta de pagamento. Em virtude da existência do segundo grau e de sua necessidade, a causa, em primeiro grau, não está ganha, nem perdida.¹⁷⁶ Segundo Mauro Capelleti, o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa antessala para se chegar à fase de apelação ou à verdadeira decisão, ao menos para a parte que tem condições econômicas para alcançá-la.¹⁷⁷

Nesse sentido, se encontra totalmente contraditória a ideia dos juízes de primeiro grau não poderem decidir qualquer modelo de litígio, mas poderem ir contra as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Nos Estados Unidos, os juízes de primeiro grau possuem poder e são respeitados perante a sociedade, podem resolver litígios diversos, mas devendo respeito aos precedentes

¹⁷⁵ MARINONI, 2016, p. 104.

¹⁷⁶ Ibid., p. 106.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano**. Proceso, ideologias, sociedad. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 278.

das Cortes Supremas. Esse respeito não engessa o poder do juiz, mas sim o coloca em uma ordem jurídica coerente, com uma possível previsibilidade das decisões judiciais.¹⁷⁸

¹⁷⁸ MARINONI, 2016, p. 107.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os países de tradição anglo-saxônica tiveram um direito baseado nos costumes, um *judge-made-law*, com sua fonte primária na jurisprudência e com confiança no Poder Judiciário, buscando na *common law* a limitação do poder do Parlamento na Inglaterra, assim como a adoção de uma Constituição rígida e escrita nos Estados Unidos para esse fim.

Todavia, mesmo nesses países, o poder do juiz não era absoluto, assim foi criada a teoria da *stare decisis*, que veio para dar maior estabilidade a esses sistemas, passando a vincular os juízes pelo sistema de precedentes vinculantes.

Por outro lado, os países de tradição romano-germânica buscaram na codificação a estabilidade e a certeza jurídica. Pela não confiança nos juízes da *civil law*, o Poder Legislativo suprimiu o Poder Judiciário, restringindo o juiz a ser *bouche de la loi*, ou seja, um mero aplicador da lei. Na *civil law*, o juiz, *a priori*, tinha sempre a solução para todos os casos, bastando a aplicação da lei no caso concreto.

Entretanto, isso acabou sendo apenas uma ideia inalcançável da *civil law*, já que com a evolução das relações sociais e no decorrer dos fatos históricos, principalmente após a segunda metade do século XX, a interpretação virou um trabalho próprio dos julgadores.

Após as duas grandes guerras do século XX, muitos países começaram a adotar Cartas Constitucionais democráticas em que direitos humanos foram positivados em sistemas de direitos fundamentais. Até países da *common law* começaram adotar Cartas de Direitos Fundamentais, inclusive servindo como o mesmo parâmetro de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis.

Esse fato histórico ficou conhecido como a Revolução dos Direitos Humanos e ocasionou a expansão do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), trazendo questões de ordem política e moral para a esfera judiciária, a que se dá o nome de Judicialização da Política.

Dessa forma, houve uma alteração dos papéis do Estado, visto que nos países de tradição da *civil law*, as decisões do Parlamento, as quais costumavam ser a máxima autoridade, tornaram-se sujeitas a um controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário. A grande barreira que surgiu foi a admissão de um juiz da

mais parecido com o juiz da *common law* em um sistema da *civil law*, barreira que ainda nos dias de hoje não foi ultrapassada.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe vários artigos em consonância com esse novo papel do juiz no sistema da *civil law*, deixando o Brasil ainda mais perto do sistema de tradição anglo-saxônica, entre eles o art. 927, CPC, que trouxe hipóteses de vinculação obrigatória dos precedentes e o art. 489, §1º, CPC, que estabelece que juízes, desembargadores e ministros não apenas apliquem os precedentes, mas que respeitem o contraditório e a exigência de fundamentação de suas indicações, em reverência aos institutos da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, próprios da *common law*.

Desse estudo, extrai-se que a doutrina do *stare decisis* tem condições para ser aplicada no Brasil, entretanto é uma teoria com muitos institutos próprios e complexos. O processo teria de ser realizado lentamente, com uma aproximação também cultural, pois, ao contrário dos países da *common law*, nos quais as decisões já são comumente mais estáveis, conexas e já está na esfera do Poder Judiciário a aplicação de institutos como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*, no Brasil cada juiz é revestido de “autonomia” e cada ato decisão é singular, não fruto de um sistema de decisões judiciais, sem observar da hipótese de precedentes.

Ademais, as Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – teriam de dar unidade ao direito, aumentando, assim, sua responsabilidade e o dever de agir com maior cautela nas decisões, fundamentando-as observando os institutos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, haja vista caráter vinculante que essas vão ter.

Por fim, conclui-se que o sistema de precedentes judiciais é uma saída para o contexto atual brasileiro e para outros países da *civil law*, que no decorrer da história perderam – ou nunca tiveram – previsibilidade e estabilidade nas decisões judiciais e, assim, na ordem jurídica. Pensar em um sistema de precedentes é pensar na garantia da segurança jurídica, estabilidade, igualdade e previsibilidade almejadas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil, v.1:** parte geral. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ARAUJO, Daniel de. **História Geral.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** São Paulo, vol. 241, mar.2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano.** Proceso, ideologias, sociedad. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legittimità.** Milano: Giuffrè, 1979.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hemílio A Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. II.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas civis. Florianópolis, mar. 2017. <http://www.cpcnovo.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802afe2c25acb93ce56a44e47> Acesso em 27 mar.2018.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 5ª ed. Trad. António Manuel de Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOODHART, Arthur L. **Determining the Ratio Decidendi of a Case.** [S.l.]: The Yale Law Journal, v. 40, n.2.

HALSBURY, Hardinge Stanley Giffard *Apud* WASSESTROM, Richard A. **The judicial decision:** toward a theory of legal justification. London: Oxford University Press, 1961.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista.** 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide.** [S.l.]: Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>> Acesso em: 27 mar. 2018.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n 145, set.1981.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning.** New York: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAYNARD, Andreza Santos Cruz; MAYNARD, Dilton Cândido Santos. **História Moderna I.** São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, CESAD, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão a vinculação.** 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law:** introdução ao direito dos EUA. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sÚmula-e-sua-evolução-no-brasil>> Acesso em 01 nov.2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da decisão**. 6. Ed. São Paulo: ed. RT, 2007.