

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

RAFAELLA DE CARVALHO PANIZZI

**PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: SEGURANCA JURIDICA OU
OFENSA AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ?**

**CURITIBA
2018**

RAFAELLA DE CARVALHO PANIZZI

**PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: SEGURANCA JURIDICA OU
OFENSA AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ?**

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

Orientadora: Professora Tatiana Denczuk

**CURITIBA
2018**

RAFAELLA DE CARVALHO PANIZZI

**PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: SEGURANCA JURIDICA OU
OFENSA AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ?**

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

Orientadora: _____
Professora Tatiana Denczuk

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Agradeço aos meus pais e a meu irmão, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, que nos momentos mais difíceis estavam ali me ajudando a levantar e continuar essa longa jornada.

Aos meus amigos que fizeram parte de minha formação e que vão continuar presentes em minha vida.

A minha orientadora e também professora Tatiana Denczuk, por ter me orientado e ajudado na elaboração desse trabalho, mas que além disso, compartilhou seu tempo e conhecimento e me ensinou a gostar de Processo Civil.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar como deverá agir o juiz quando tiver que aplicar um precedente obrigatório, no qual não está convencido de que essa seja a melhor solução para o caso. Para isso, o trabalho traz a formação histórica das tradições *civil law* e o *common law* estadunidense e inglês, apontando as principais diferenças e semelhanças. Mostra ainda que ao longo do tempo houve uma aproximação entre essas tradições, na qual se deu pela introdução de um instituto originário da tradição *common law*, a teoria dos precedentes, em países que adotam a tradição *civil law*. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o legislador optou por adotar tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência das constantes reclamações da sociedade, a qual sentia a falta de segurança jurídica em decorrência de decisões diferentes proferidas pelo Poder Judiciário em casos iguais. A introdução dessa teoria no ordenamento veio com o objetivo de garantir a segurança jurídica, a estabilidade e a isonomia aos jurisdicionados, como também a uniformização de entendimento. Em contrapartida, foram abordadas as críticas quanto a adoção do instituto, como por exemplo, a perda de garantias pelo livre convencimento do juiz, o qual estará vinculado ao precedente ao invés de decidir sobre uma determinada demanda de acordo com seu convencimento. Ao final do trabalho, conclui-se que os problemas apontados por alguns autores são apenas aparentes, já que o próprio ordenamento jurídico traz ferramentas para que eles sejam superados, como por exemplo, a fundamentação para a não aplicação do precedente, bem como a sua superação em razão da evolução dos anseios sociais. Ademais conclui-se que o verdadeiro sujeito de direitos na aplicação dos precedentes é o jurisdicionado, o qual sempre deverá ser beneficiado pela estabilidade de entendimentos, o que lhe garantirá decisões justas e iguais para todos.

Palavras-chave: precedente obrigatório, segurança jurídica, livre convencimento do juiz.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1 INTRODUÇÃO	6
2 AS TRADIÇÕES JURIDICAS DO COMMON LAW E CIVIL LAW	8
2.1 A TRADIÇÃO COMMON LAW.....	9
2.1.1 O <i>Common Law</i> no Direito Inglês.....	9
2.1.1.1 Estrutura do direito inglês.....	12
2.1.2 O <i>Common Law</i> nos Estados Unidos.....	13
2.2 A TRADIÇÃO CIVIL LAW.....	17
2.3 A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES COMMON LAW E CIVIL LAW.....	21
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E INSTITUTOS AFINS	24
3.1 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	24
3.1.1 A <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obiter Dictum</i> do Precedente.....	28
3.1.2 A Superação dos Precedentes.....	30
3.2 IMPORTANTE DIFERENCIAÇÃO DE INSTITUTOS AFINS PRESENTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	33
3.2.1 Decisão Judicial.....	33
3.2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	34
3.2.3 Súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.....	35
3.2.4 A Uniformização da Jurisprudência.....	37
4 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	39
4.1 RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ...	43
4.2 A DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES.....	45
4.3 O PRECEDENTE E RAZÕES PARA SEREM SEGUIDOS.....	49
4.3.1 Aspectos Positivos da Aplicação da Teoria dos Precedentes.....	49
4.3.2 Aspectos Negativos da Aplicação da Teoria dos Precedentes.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas *civil law* e *common law* tiveram origem em situações completamente distintas, com a formação de tradições também distintas.

A tradição *common law* teve pouca influência do direito romano, tendo a jurisprudência exercido um papel fundamental na criação do direito em tal tradição. A origem da autoridade do direito encontra-se na história e na sua aceitação ao longo do tempo pela sociedade. Tal tradição se desenvolveu principalmente nos Estados Unidos e Inglaterra, que mesmo adotando o mesmo sistema tiveram rumos diferentes ao longo do tempo.

Já nos países de tradição *civil law*, a autoridade do direito está na lei. Mas, com o passar do tempo, verificou-se uma perda na centralidade das leis codificadas, pois diante das constantes transformações sociais e tecnológicas, este sistema caminhou para atender as reclamações sociais.

A teoria dos precedentes (*stare decisis*) é adotada em países de tradição *common law*, que seguem a ideia de respeito entre as decisões já proferidas em tribunais anteriormente. Aplicar tal teoria significa ter como base para novos julgamentos decisões de casos iguais que já tiveram suas sentenças proferidas no passado. Para a aplicação dessa teoria, é de extrema importância que se leve em conta a *ratio decidendi* do precedente, para que possa saber se esse se aplica no caso que está sendo julgado no presente.

A tendência do sistema brasileiro pela aproximação ao sistema *common law* se deu por não mais se admitir que, por anos seguidos, as divergências de entendimentos sobre o mesmo assunto perdurassem, pois os valores segurança, isonomia e efetividade estavam cada dia mais sendo exigidos pela sociedade, impondo que os tribunais se adaptassem a essa nova tendência.

Assim, ao longo do tempo, como forma de facilitar o controle das decisões judiciais pelos tribunais superiores, as súmulas, por exemplo, foram incorporadas ao direito brasileiro. Em determinado momento, no entanto, a doutrina brasileira começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, vinculantes, passando a ser definitivamente influenciado pelo *common law*.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015 tornou-se ainda mais evidente essa influência e a aproximação do sistema brasileiro ao *common law*,

e a adoção dos precedentes obrigatórios entre as instâncias foi fator determinante para caracterizar esse fenômeno.

Com isso, as decisões passam a ter que seguir a mesma sorte dos precedentes, o que traz uma maior segurança jurídica e unificação do entendimento de determinado assunto, gerando em contrapartida, crítica de parcela de estudiosos que alegam haver limitação do juiz em seu livre convencimento.

Então, como deverá agir o juiz ao se deparar com um caso que se enquadra nesse precedente mesmo não estando convencido que a decisão vinculante seria a melhor solução para o caso. Esses são problemas que a mitigação das tradições *civil law* passaram ao nosso ordenamento jurídico, sendo objeto de estudo do presente trabalho.

2 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO COMMON LAW E CIVIL LAW

Quando se trata apenas das tradições *Civil Law* e *Common Law*, não se faz assim por existirem única e exclusivamente essas, mas por serem elas as mais adotadas e conhecidas no mundo atualmente.¹

As tradições do *Common Law* e *Civil Law* nasceram em momentos culturais e políticos diferentes, o que influenciou em grande parte para que elas tomassem rumos diferentes. É possível notar isso quando se comparam países que adotaram a mesma tradição e mesmo assim não mostram sistemas jurídicos idênticos, como ocorreu no *Common Law* inglês e no *Common Law* nos Estados Unidos.²

No entanto, o nascimento dos sistemas em cenários distintos não foi uma circunstância essencial para o processo de formação dos sistemas jurídicos atualmente vigentes, mas sim a adoção ou a rejeição do direito romano como uma fonte do Direito.³

O sistema *Civil Law* foi fortemente influenciado pelo Direito Romano e Canônico e teve efervescência pelo crescimento das cidades e do comércio na Europa Continental, que logo perceberam a importância da ordem e da segurança para o progresso da sociedade local. Essa tradição facilmente se expandiu para outras civilizações, dada a facilidade de sua introdução na cultura de novos povos, pois se tratava de sistema codificado.⁴

Devido à colonização, a família de direito romano-germânica conquistou vastos territórios, onde atualmente se aplicam direitos pertencentes ou aparentados com essa família. Um fenômeno de recepção voluntária produziu o mesmo resultado em outros países que não estiveram submetidos ao domínio dos povos do continente europeu, mas em que a necessidade de se modernizarem ou o desejo de se ocidentalizarem levaram a penetração das idéias européias.⁵

¹ MARINONI, Luiz Guilherme [Coord.]. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 11.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25.

³ Ibid., p. 13.

⁴ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79-82.

⁵ RENÉ, David. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 24.

O *Common Law* teve origem no ano de 1066 na Inglaterra, após a conquista normanda e a introdução de Cortes Reais, que tinham como finalidade a centralização da justiça e a unificação da aplicação do direito para todo o território inglês, justificando o nome de *Common Law*, ou seja, direito comum a todos⁶.

A conquista normanda, em meados do Século XI, foi fundamental para a história do direito inglês. Guilherme I (1066-1087), Duque da Normandia, considera-se herdeiro dos reis saxões, e, por isso, acolhe de bom grado os seus costumes e as suas decisões. Conserva das instituições saxônicas todas aquelas que se prestam aos seus propósitos.⁷

No *Civil Law* as decisões têm amparo em leis criadas para aplicação em casos futuros, sendo que a autoridade da lei representa a autoridade de quem as promulgou. Já o *Common Law* é um direito histórico, judiciário, cuja autoridade da decisão vem do direito construído jurisprudencialmente.⁸

2.1 A TRADIÇÃO COMMON LAW

2.1.1 O *Common Law* no Direito Inglês

Por volta dos Séculos X e XI, antes da conquista normanda, aplicava-se na Inglaterra o direito dos povos germânicos ou também conhecidos como anglo-saxão. Nessa época, existiam diversos castelos militares espalhados pelo território, onde em cada um deles se administrava a justiça com base nos costumes locais, e os que faziam isso não possuíam formação para tal. Também eram encontradas as jurisdições senhoriais, que tratavam principalmente de questões agrárias.⁹

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidade para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-41.

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151-152.

⁸ BARBOZA, op. cit., p. 44-45.

⁹ MARINONI, 2010, p. 20-21.

A chegada dos normandos à Inglaterra, com a batalha de Hastings, foi um marco fundamental para o surgimento da tradição *Common Law*, pois a população, mesmo que ainda presente o direito anglo-saxão, aderiu a essas mudanças. Elas trouxeram consigo uma melhoria, como uma maior experiência administrativa por parte do conquistador, uma centralização e unificação do poder.¹⁰

Os conquistadores criaram um sistema unificado de Cortes Reais de Justiça de Westminster e que, não em muito tempo, já tinham substituído a antiga jurisdição senhorial. Esse sistema de cortes reais se concretizou com a instalação de uma corte real unificada na capital, a adoção de profissionais com formação para os distritos, bem como o desenvolvimento da jurisdição, deixando-a mais rígida e preestabelecendo remédios.¹¹

Foi a partir desse aperfeiçoamento das leis para a unificação da jurisdição que surgiu a nomenclatura *Common Law*, buscando utilizar um direito comum a todos os cidadãos e aplicável em qualquer parte do território inglês, deixando de lado as tradições locais que eram diferentes para cada povo.¹²

Assim, a maioria dos litígios passou a ser submetida às Cortes Reais de Justiça, garantindo-se aos inconformados que recorressem diretamente ao Rei. Os Tribunais Reais tinham competência apenas sobre algumas questões, podendo ser levados a eles os casos que envolvessem as finanças reais, assuntos sobre o direito imobiliário e até mesmo questões penais que poderiam influenciar na paz do reino¹³, mas que não representavam tanta ameaça para ir diretamente ao Rei.

No decorrer da história surgiu na Inglaterra um conjunto de regras diferente do *Common Law* chamado de Corte da Equidade, inspirado no direito romano e canônico. De acordo com essas regras era dada a possibilidade aos cidadãos insatisfeitos com uma decisão recorrer ao Rei pedindo a sua modificação, funcionando então como uma espécie de perdão. Mas como esse novo instituto provocou um aumento da demanda, foi necessário achar uma solução para que fossem analisados todos esses pedidos, mas que elas fossem submetidas a uma autoridade representando o Rei. Criou-se, então, uma espécie de Conselheiro do Rei

¹⁰ BARBOZA, 2014, p. 41.

¹¹ BARBOZA, loc. cit.

¹² BARBOZA, loc. cit.

¹³ MARINONI, 2010, p. 20-22.

(*chancellor*), que poderia decidir de maneira diversa ao que o direito previa, mas ainda sim respeitando o interesse da justiça.¹⁴

Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria.¹⁵

Com a mudança, que tornou o procedimento mais rígido, a matéria que mais se desenvolveu no Direito inglês foi o processo.¹⁶ Era necessário seguir fielmente os procedimentos e, se não fosse possível, era necessário encontrar o *writ* que mais se adequasse ao caso concreto para então procurar a tutela do Estado.¹⁷

E assim permaneceu o Direito Inglês por um bom tempo, com a presença de duas jurisdições que não se contrariavam, mas sim se aperfeiçoavam e complementavam, com o compromisso de que a jurisdição do Chanceler não se opusesse mais aos Tribunais Reais, seguindo seus precedentes e aplicando doutrinas equitativas. Em contrapartida, o Rei não mais teria o poder de ditar jurisdição além dos Tribunais Reais.¹⁸ “[...] o Chanceler, homem político ou jurista, já não é qualificado para estatuir em nome da lei moral e tende a proceder mais como jurista”.¹⁹ Assim, o Direito Inglês passou a adotar um sistema dualista.

Esses dois sistemas foram unificados pelos *Judicature Acts* (1873-1875), mas apenas em seus procedimentos, subsistindo ainda os dois corpos de direito. A competência para aplicação do *Common Law* e da *equity* foram estendidas, podendo-se recorrer a qualquer Tribunal, independente da regra que seria aplicada.²⁰

¹⁴ BARBOZA, 2014, p. 42.

¹⁵ RENÉ, 2002, p. 362.

¹⁶ *Ibid.*, p.363.

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 182-183.

¹⁸ BARBOZA, *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁹ RENÉ, *op. cit.*, p. 374.

²⁰ *Ibid.*, p. 377-378.

2.1.1.1 Estrutura do direito inglês

A jurisprudência teve um papel muito importante na formação do Direito Inglês, tendo em vista que não houve uma codificação geral ou uma Constituição escrita, mas sim um conjunto de decisões judiciais com autoridade. É por essa razão que se diz que o Direito Inglês é eminentemente formado pelo Poder Judiciário, tendo o *statute law* (atos do Parlamento) apenas uma função de adequação as jurisprudências, não tendo aplicação de forma autônoma. Diz-se isso por ser ele um direito baseado em casos práticos (*case-law*) e não em doutrinas e teorias preestabelecidas, ou seja, busca-se a justiça com base no caso concreto.²¹

Daí resulta, por exemplo, o caráter um pouco anormal que apresenta para um inglês o direito de origem legislativa (*statute law*). Por maior que seja seu interesse em formular as regras de forma concreta, tão casuística quanto possível, o legislador não está colocado, salvo nos casos em que se limita a fornecer um *erratum* à *Common Law*, na posição dos juízes; as disposições que formula só serão plenamente assimiladas ao sistema de direito inglês quando forem retomadas e reafirmadas – por vezes alteradas – pelos tribunais, nas condições de elaboração normais da *Common Law*.²²

Para a decisão de um caso se fazia necessário sempre observar os casos julgados anteriormente, em que a sentença tinha que conter as razões e fatos que levaram a decidir de forma diversa da anterior, dando surgimento a novas leis. O sistema *Common Law* é considerado um sistema aberto por esse motivo, as soluções para os conflitos são encontrados de maneira *a posteriori* – após o problema é que se acha uma solução, não tendo que adequar o caso a uma norma estabelecida *a priori*.²³

Pelo fato do Direito Inglês dar à jurisprudência tamanha importância, é preciso saber identificar em cada caso a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*. A primeira seria a questão central do caso concreto, o fato impositivo que deve ser analisado para adequá-lo a uma jurisprudência já existente ou criar uma nova lei, enquanto a segunda seriam os fatos que não são relevantes para a solução desse caso.²⁴

²¹ BARBOZA, 2014, p. 45-46.

²² RENÉ, 2002, p. 411-412.

²³ BARBOZA, op. cit., p. 46-47.

²⁴ Ibid., p. 47-48.

Em 1689, com a Revolução Gloriosa, a Inglaterra passou a adotar o Princípio da Supremacia do Parlamento, mas que ainda encontrava a limitação no *Common Law* e seu corpo passou a ser composto por meio de eleições, o que não deixou o Legislativo se tornar autoritário.²⁵

Em razão disso, no Direito Inglês o *Common Law* tem a mesma autoridade de uma Constituição escrita, e ao falar que essa jurisdição tem como fonte primária e de maior autoridade a jurisprudencial, tem-se que observar que até mesmo o poder legislativo está limitado a essa tradição, o que significa que não é formado apenas com base nas decisões e convicções dos juízes, mas também nos costumes, na tradição dos povos e na história do país inglês.²⁶

No Direito Inglês, até o ano de 1898 não havia sido definido quando um precedente teria uma força vinculante e obrigatória – *stare decisis*, até que houve o julgamento do caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, em que houve a declaração por parte da *House of Lords* da obrigatoriedade de seguir tal decisão e ainda a vinculação das cortes inferiores a elas.²⁷

2.1.2 O *Common Law* nos Estados Unidos

A origem do *Common Law* nos Estados Unidos veio com a colonização do país por ingleses. No entanto, essa tradição não levou satisfação ou uma adequação ao povo da América, pois o *Common Law* foi criado para uma sociedade feudal e não de colonos, nem mesmo para um território em que não existiam juristas para a aplicação do direito.²⁸

Com a não aplicabilidade do *Common Law* inglês, os americanos adotavam um direito primitivo que em certas colônias se baseavam na bíblia, e também estavam sujeitos ao autoritarismo dos magistrados. Foi contra essa arbitrariedade do magistrado que os americanos começaram a codificar as leis em algumas colônias,

²⁵ BARBOZA, 2014, p. 49-50.

²⁶ Ibid., p. 50.

²⁷ LIMA, 2013, p. 99-100.

²⁸ RENÉ, 2002, p. 449-450.

pois, diferente dos ingleses, acreditavam que isso lhes era mais favorável, com menor margem para o magistrado se tornar arbitrário.²⁹

De 1776 a 1783 os Estados Unidos da América conseguiu proclamar e consagrar a sua independência e autonomia perante o direito, mas até o Século XIX existia uma grande discussão entre os que preferiam a aplicação do *Common Law* e os que defendiam a codificação e adoção do sistema romano-germânico. Foi nesse período que alguns Estados, como o de Nova York e Massachusetts, passaram a prever redações de Códigos.³⁰

Mas em decorrência das antigas colônias inglesas e da influência das universidades que, desde sua independência, vieram formando grandes especialistas tendo por base o *Common Law*, prevaleceu no país essa tradição, mas não de maneira completa e absoluta. No direito estadunidense se conservou algumas coisas do *Common Law* inglês, como as fontes do direito e alguns conceitos, mas por ter existido uma pequena influência do direito romano-germânico, criou-se algumas peculiaridades na aplicação da tradição nos Estados Unidos.³¹

Não há muita necessidade de nos interrogarmos sobre as razões que explicam esse triunfo da *Common Law*. A língua inglesa e o povoamento originalmente inglês dos Estados Unidos mantiveram esse país na família *Common Law*. As obras magistrais de certos juristas, entre os quais convém citar em primeiro lugar Kent, com os seus Comentários (1826-1830), e Story, asseguraram a adesão dos Estados Unidos a este sistema.³²

O Direito Inglês teve influência, em maior parte, sobre os direitos fundamentais e sobre o respeito aos precedentes e a independência do judiciário, mas enquanto nos Estados Unidos a autoridade suprema e legitimidade das leis vinham de uma Constituição escrita e certa, que representava a vontade do povo, na Inglaterra havia o Princípio da Supremacia do Parlamento.³³

Quando se trata da supremacia da Constituição no Direito Estadunidense, ressalta-se que é ela que o juiz deve interpretar e, em caso de conflito entre uma norma infraconstitucional, constitucional e o aclame do povo, não vai prevalecer a

²⁹ RENÉ, 2002, p. 450-451.

³⁰ Ibid., p. 451-453.

³¹ Ibid., p. 453-454.

³² Ibid., p. 453.

³³ BARBOZA, 2014, p. 55-58.

palavra do legislativo, mas sim ser respeitada a autoridade da vontade do povo, aquele que tem o poder e que é transcrito em uma Constituição.³⁴

Adotou-se o constitucionalismo por razões históricas, tendo em vista que a população clamava por garantias individuais e mecanismos de limitação do poder aos novos colonizadores da colônia, os ingleses. Não é a toa que a Constituição dos Estados Unidos tem como principal função a de proteção de direitos individuais e também a de limitar o poder do Estado.³⁵

E assim, como forma de limitar o poder do Estado, adotou-se a forma federativa, em que fez existir uma maior fragmentação em decorrência da separação dos poderes, tendo como base as ideias de Montesquieu.³⁶

A Inglaterra ignorou a noção de direito federal. Os Estados Unidos são, pelo contrário, um Estado federal, no qual se apresenta inevitavelmente, desde o início, uma questão primordial: a das distribuições respectivas das autoridades federais e dos Estados³⁷.

Mas não parou por aí, adotou-se também o princípio dos pesos e contra pesos (*checks and balances*), com a ideia de que os poderes poderiam se limitar reciprocamente, de maneira que nenhum deles ficasse sem qualquer tipo de limite e pudesse se tornar autoritário.³⁸

2.1.2.1 Fontes do direito nos Estados Unidos

O Poder Judiciário estadunidense, assim como no Direito Inglês, também teve um papel muito importante no decorrer da história na tradição do *Common Law*. As leis e códigos vigentes no país foram seguidos e respeitados pelos magistrados, mas os precedentes tornaram-se obrigatórios no Direito Estadunidense, nos casos em que a decisão dada pelo Poder Judiciário tratasse de questões Constitucionais, ou seja,

³⁴ BARBOZA, 2014, p. 59-60.

³⁵ Ibid., p. 64.

³⁶ Ibid., p. 61-62.

³⁷ RENÉ, 2002, p. 460.

³⁸ BARBOZA, op. cit., p. 61-62.

questões previstas na Constituição só poderiam ser alteradas com uma emenda ou perante as Cortes.³⁹

O Direito Estadunidense aplica o princípio do *stare decisis*, que consiste na força vinculante para as decisões do judiciário. A partir do momento em que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer demanda envolvendo questões constitucionais, passam elas a vincular as decisões dos órgãos do Poder Judiciário que compõem o sistema da justiça do Direito Estadunidense⁴⁰, mas não estaria ela, a Suprema Corte, vinculada as suas próprias decisões e jurisprudência.⁴¹

Mas, não é correto dizer que a tradição *Common Law*, com a aplicação do *stare decisis* e a vinculação aos precedentes obrigatórios estão o fazendo com o intuito de criar um direito e usurpar a atividade do Legislativo, mas sim constituir um direito, ser uma fonte do direito, uma vez que esse interpreta uma norma já existente, um direito preexistente criado pelo Legislativo, ou até mesmo um direito costumeiro⁴². Tendo em vista isso, “o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é firmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei.”⁴³

A suposição de que a produção legislativa é baixa nos Estados Unidos, o que impõem a criação do direito pelos juízes, não só é falsa como gera vários enganos em termos de direito comparado. A profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. No *Common Law* existem intocáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito.⁴⁴

Não é difícil o Supremo Tribunal dos Estados Unidos promover mudanças em sua jurisprudência vinculativa. E isso ocorre, pois com essa facilidade é possível estar sempre reinterpretando questões constitucionais e fazendo com que o direito acompanhe o desenvolvimento da sociedade e economia, as quais não são estáticas. Essa facilidade também é permitida por ter-se adotado uma constituição muito rígida, a qual só pode ser alterada com uma emenda.⁴⁵

³⁹ BARBOZA, 2014, p. 64.

⁴⁰ Ibid., p. 67.

⁴¹ RENÉ, 2002, p. 490.

⁴² MARINONI, 2016, p. 34-35.

⁴³ Ibid., p. 35.

⁴⁴ Ibid., p. 35.

⁴⁵ RENÉ, op. cit., p. 490-491.

Essa prerrogativa de alterar um entendimento anterior do Supremo Tribunal pode ser estendida a instâncias inferiores hierarquicamente. Isso ocorre diante da possibilidade de se afastar um precedente por meio da interpretação negativa – que é quando são apresentados argumentos capazes de afastar tal entendimento, seja pela inadequação da decisão à nova realidade ou mesmo por reconhecer que as razões que motivaram o paradigma encontram-se superadas. Em caso contrário, ou seja, se a Corte Superior reconhecer que as razões do caso paradigma subsistem, estar-se-á diante de uma interpretação positiva, caso em que a Corte reconhece não haver justificativa suficiente para ser afastado o precedente.⁴⁶

A adoção de uma Constituição é uma das principais características que diferenciam o Direito Inglês do americano. Nesse aspecto esses dois países são tão distintos que o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, princípio esse rejeitado pelo Direito Inglês, foi recebido na Constituição dos Estados Unidos.⁴⁷

Mas essa característica dos Estados Unidos não o distingue apenas da Inglaterra, tendo em vista que a adoção de uma constituição como uma lei fundamental em um país que adota a tradição *Common Law* não é considerado normal, se comparado com os demais países que adotam a mesma tradição.⁴⁸

2.2 A TRADIÇÃO *CIVIL LAW*

A tradição *Civil Law*, também conhecida e denominada como direito romano-germânico, teve sua formação na Europa Continental no Século XIII, sob forte influência o direito da antiga Roma, com o uso do *Corpus Iuris Civilis*, e também do direito canônico. O renascimento do direito perante a sociedade decorre do desenvolvimento das cidades e do comércio, os quais notaram que somente com o direito seria possível ter ordem e segurança frente ao progresso. Foi deixado de lado a mistura que era feita entre religião e direito, então aboliu-se o apelo ao sobrenatural,

⁴⁶ LIMA, 2013, p. 110-112.

⁴⁷ RENÉ, 2002, p. 494.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 497.

momento em que o Estado se torna laico quando se pensa em direito, justiça e Estado.⁴⁹

As universidades tiveram um papel muito importante nesse renascimento, uma vez que era nelas que se sistematizava e estudava o direito romano e canônico, misturando-os com o direito costumeiro dos bárbaros, os comentários que eram feitos nas glosas, uma verdadeira diversidade de fontes jurídicas, formando-se então o *ius commune*.⁵⁰

O *ius commune* seria, nas palavras de René:

[...] um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça. A obra das universidades apenas se compreende em referência a um conceito de direito natural. Nas suas escolas de direito procura-se descobrir, com o auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras conformes a uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas. As universidades não fazem, e não pretendem fazer, uma obra de direito positivo, não têm competência, de resto, para fixar regras que, em todos os países, juízes e práticos deveriam necessariamente aplicar.⁵¹

Nas universidades foi desenvolvida uma ciência do direito, sendo esse muito teórico e se tornando um direito erudito. E isso trouxe alguns aspectos positivos, como ser um direito escrito com terminologias simples, ter a lei como fonte do direito, um direito completo, evoluído, justo e razoável, sendo comum a todos os cidadãos europeus. Tudo isso influenciou e facilitou a unificação da tradição jurídica na Europa.⁵²

Houve, com a Revolução Francesa e os movimentos de independência ocorridas na América Latina, uma grande transformação no direito público e na forma de pensar sobre a sociedade, economia, humanidade e também na forma de administrar e organizar o Estado e seu sistema jurídico.⁵³

Mas de toda essa influência das revoluções, em especial o direito natural e a racionalização foram os que mais sofreram mudanças, na qual a função do Estado

⁴⁹ RENÉ, 2002, p. 37-40.

⁵⁰ BARBOZA, 2014, p. 67-68.

⁵¹ RENÉ, op. cit., p. 45.

⁵² BARBOZA, op. cit., p. 69.

⁵³ BARBOZA, loc. cit.

passou a proteger a igualdade entre os cidadãos e reconhecer que todos têm certos direitos naturais, e seriam esses o direito à vida, à liberdade e à propriedade.⁵⁴

Surgiu também com os ideais revolucionários a questão sobre o princípio da separação dos poderes. Com a Revolução Francesa, veio uma desconfiança em relação ao juiz e então, a ideia de limitar o Poder Judiciário, pois acreditava-se que esse ia contra o desejo do povo e seguia a vontade do Rei.⁵⁵

Diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, onde vigorava o princípio dos pesos e contra pesos (*checks and balances*), no qual havia um controle recíproco entre os poderes, e embora a França tenha adotado esse princípio, sua aplicação desmedida acabou fazendo com que os sistemas das Cortes administrativas ficassem separados, impondo à figura do juiz um papel de menor importância e limitação perante os procedimentos judiciais.⁵⁶

Quanto à questão do predomínio do racionalismo nesse período revolucionário e a valorização da liberdade individual, tem-se uma valorização muito grande quanto às questões envolvendo a propriedade privada e a liberdade contratual, ou seja, o antifeudalismo, na qual essas questões então deveriam passar a ter proteção perante o direito. Todos esses aspectos abordados foram uma forma de fortalecimento do País, o que fez com que se aumentasse o sentimento de amor pela pátria, ou seja, um sentimento nacional que poderia dar um poder para unificar a cultura local.⁵⁷

Houve na Europa continental uma revolução que abandonou a antiga ordem, o *jus commune*, fazendo com que fosse necessária a busca para solucionar esse rompimento, e com isso adotou-se a codificação, passando então o Estado a ser a única fonte do direito. O objetivo da codificação era passar a ter um direito unificado e não mais aquele sistema com uma pluralidade de fontes jurídicas, mas sim passar a ter como fonte única e exclusiva um texto vindo do Legislativo, não sendo esse uma compilação da antiga ordem, mas sim uma nova produção legislativa.⁵⁸

A codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuaram; ao mesmo tempo, ele porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que são muitas vezes um obstáculo na prática, e para os quais se tornou impossível, na época, fornecer uma justificação.

⁵⁴ BARBOZA, 2014, p. 69-70.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 71-72.

Por isso a codificação se distingue das compilações, oficiais ou privadas, dos séculos precedentes; estas puderam, sempre que se lhes oferecia ocasião, realizar certas reformas úteis.⁵⁹

A motivação que levou a França a uma codificação com o abandono do direito antecedente e um código de fácil acesso e entendimento por qualquer cidadão, não foi levada em conta frente a outros países, como a Alemanha, que ao invés de abandonar a tradição jurídica antiga, codificaram os princípios presentes no Direito Alemão construídos ao longo da história do país e foi feito não com um fácil acesso aos leigos, mas como instrumento para profissionais do direito.⁶⁰

A partir da revolução, passou a existir na Europa continental um poder legislativo que criava de maneira *a priori* as leis, ou seja, criava-se as hipóteses do que poderia vir a acontecer no caso concreto, devendo então o Poder Judiciário, ao analisar as questões de fato de cada caso, enquadrar esse na lei já preestabelecida. Pode-se tirar então outra característica trazida pela codificação, na qual a lei é sempre feita de maneira completa, sendo o papel do juiz apenas achar a mais adequada para cada caso concreto, acreditando-se que a solução do conflito sempre existirá na própria lei.⁶¹

A arte do jurista, nos países da família de direito romano-germânica, é saber encontrar a regra e formulá-la a este ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ele deixaria então de ser um guia suficientemente seguro para prática; é, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular. Acrescentemos que este ponto de equilíbrio não é, necessariamente, nem de fato, o mesmo em todos os ramos do direito: uma maior concretização pode ser desejável em matérias tais como o direito penal ou o direito fiscal, em que se deseja reduzir ao máximo o arbítrio da administração.⁶²

Mas para que esse sistema codificado tivesse eficácia da maneira planejada, sendo esse completo e claro, o poder do juiz tinha que ser limitado para apenas aplicar a lei, sem fazer qualquer tipo de usurpação do poder legislativo.⁶³ O motivo do juiz

⁵⁹ RENÉ, 2002, p. 66.

⁶⁰ BARBOZA, 2014, p. 73.

⁶¹ Ibid., p. 72.

⁶² RENÉ, op. cit., p. 103-104.

⁶³ BARBOZA, op. cit., p. 73.

estar limitado a apenas aplicar a vontade do legislador foi de que isso traria uma maior segurança em relação as decisões tomadas pelo judiciário.⁶⁴

A principal fonte para o sistema *Civil Law* seriam as construídas pela lei, mas é errado falar que é exclusiva. Há a utilização de outras fontes para o direito nessa tradição, mas elas têm uma importância menor, estando sempre subordinada a Lei. A teoria positivista, de que somente a lei seria fonte exclusiva do direito, foi perdendo força com o passar dos anos após a codificação.⁶⁵

Na tradição *Civil Law*, levando em conta que a Lei era exclusivamente aquilo que vinha do legislativo e as decisões judiciais não eram nada mais nada menos que mera aplicação do direito, não seria viável a aplicação do *stare decisis*, a teoria dos precedentes aplicadas em países que adotam a tradição *Common Law*, como é o caso dos Estados Unidos e Inglaterra, a qual vincula as decisões tomadas por Cortes Superiores.⁶⁶

Mas, com o decorrer dos anos até os dias de hoje esse sistema veio sofrendo alterações, em especial após a constitucionalização por vários países que adotam a tradição *Civil Law*, e em decorrência dessa adoção, a valorização da supremacia da Constituição e as garantias fundamentais que essa traz para o cidadão.⁶⁷

2.3 A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A partir do Século XX, em decorrência do Nazismo e da Segunda Guerra Mundial, os países passaram a adotar o modelo do constitucionalismo como uma forma de limitação do poder nos países democráticos.⁶⁸

Após os acontecimentos da época, o direito presente nos países democráticos passou a ter uma preocupação maior com a moral, a ética, a política e os direitos sociais, mas, principalmente, com questões referentes a dignidade da pessoa humana, introduzindo então em suas Constituições a previsão de direitos fundamentais, esses essenciais e hierarquicamente superiores a qualquer outra lei. A

⁶⁴ MARINONI, 2016, p. 52-53.

⁶⁵ RENÉ, 2002, p.112-113.

⁶⁶ BARBOZA, 2014, p. 74.

⁶⁷ Ibid., p. 75.

⁶⁸ Ibid., p. 77.

importância dada aos direitos fundamentais previstos na Constituição fez com que o Poder Legislativo sofresse uma limitação, pois passaria a ser fiscalizado por órgãos destinados a realizar o controle de constitucionalidade das leis produzidas por ele.⁶⁹

O *judicial review*, antes de afirmar, ao mens explicitamente, o poder de o Judiciário controlar a atividade do Legislativo, encontrou base na supremacia da Constituição sobre as leis, na ideia de que a lei que nega a Constituição é nula, e, mais enfaticamente, na constatação de que o Judiciário é o interprete final da Constituição e, assim, por lhe caber pronunciar o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária a Carta Magna.⁷⁰

Essa mudança na adoção de uma Constituição com garantias fundamentais vai afastar qualquer barreira entre as constituições escritas ou não, decorrentes da tradição *Common Law* ou *Civil Law*, pois em qualquer dessas hipóteses, os direitos humanos e as garantias fundamentais previstas passaram a ser aplicadas no controle de constitucionalidade da lei.⁷¹

É fundamental para a realização desse controle a adoção de um Poder Judiciário ou órgão independente, para que este não venha a sofrer qualquer tipo de influência política, e que seja dado a ele o poder de invalidar a lei que afronte a Constituição.⁷²

Em suma, com a adoção do constitucionalismo e a importância dada aos direitos fundamentais e humanos, passou a existir normas mais abertas e abstratas, fazendo com que países que seguiram o modelo positivista, ou seja, na maioria dos casos países com tradição *Civil Law*, se aproximem casa vez mais dos de tradição *Common Law*.⁷³

De qualquer forma, o que realmente importa é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abstratas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei. Aliás, os próprios doutrinadores do *common law* reconhecem, quando olham para o *civil law*, que nas decisões acerca da matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação das cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam o direito). Alega-se que,

⁶⁹ BARBOZA, 2014, p. 81-82.

⁷⁰ MARINONI, 2016, p. 62.

⁷¹ BARBOZA, 2014, p. 85.

⁷² *Ibid.*, p. 85-87.

⁷³ *Ibid.*, p. 92.

nesses casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito.⁷⁴

Esse encontro de tradições acontece pois agora não mais será previsto previamente o direito a ser aplicado a cada caso concreto, mas sim haverá a necessidade do Judiciário ou o Órgão competente, por meio do controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), trazer para a esfera do direito o significado para a norma abstrata.⁷⁵

⁷⁴ MARINONI, 2016, p. 69.

⁷⁵ BARBOZA, 2014, p. 92.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E INSTITUTOS AFINS

3.1 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Foi em países como Estados Unidos e Inglaterra, que adotaram a tradição *Common Law* e tiveram como fonte primária a jurisprudência, onde se desenvolveu boa parte da teoria dos precedentes (*stare decisis*). O julgamento do caso *Mirehouse v. Rennell*⁷⁶, no ano de 1833 nos Estados Unidos e a forte influência da doutrina legalista francesa na Inglaterra no Século XIX, foram os marcos que caracterizaram o respeito a teoria dos precedentes, passando a ser levados a sério e de maneira rígida, assim como ocorre até os dias atuais.⁷⁷

Com a importância dada aos precedentes, foi necessário criar um sistema de Relatórios de Casos, também conhecidos como *law reports*. Esse sistema veio para fazer, por exemplo, com que fosse abandonado os casos tidos como base para os precedentes que não passaram por algum tipo de discussão, mas que foram criados a partir de relatos de casos julgados pelas cortes. Hoje em dia esses relatórios são elaborados através da figura do advogado, que através de uma forma escrita expõe os fatos e as discussões mantidas perante o Tribunal de forma oral.⁷⁸

É preciso, para a prática da teoria dos precedentes, que esses *law reports* sejam feitos da maneira mais completa possível, pois esse precedente pode servir de base para o julgamento de um caso futuro.⁷⁹ Ou seja, o precedente é a decisão que toma por base um caso com questões semelhantes julgados no passado.⁸⁰

Para esse precedente ter força suficiente para obrigar o respeito a essa decisão, não são necessárias diversas decisões que versem sobre o mesmo assunto ou fato jurídico, mas sim uma única decisão proferida individualmente pelo Poder Judiciário, diferente do que ocorre nos países de tradição *Civil Law*.⁸¹

⁷⁶ Foi nesse caso em que houve a manifestação favorável do juiz James Parke para a aplicação dos precedentes e com isso a busca da unidade do direito e uma maior certeza desse (BARBOZA, 2014, p. 196).

⁷⁷ Ibid., p. 194-196.

⁷⁸ Ibid., p. 196-197.

⁷⁹ Ibid., p. 197.

⁸⁰ AKANMIDU, Raphael A. *The morality of precedente in law*. v. 4, n. 2. Ratio Juris, 2001. p. 244-251.

⁸¹ BARBOZA, op. cit., p. 199.

A ideia da teoria dos precedentes é o respeito quanto às decisões tomadas anteriormente por tribunais. Daí surge a variação quanto a força que cada precedente tem para vincular os demais Órgãos julgadores, existindo os precedentes com força vinculante vertical, no qual os Tribunais inferiores são obrigados a seguir decisões tomadas por Tribunais superiores. Há também os precedentes com força vinculante horizontal, no qual se obriga que a própria Corte siga o seu precedente.⁸²

[...] a mesma lógica que impõem o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem suas decisões. Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da sua própria Corte.⁸³

Não há uma hierarquia entre o precedente mais recente ou o mais antigo, será aplicado aquele conjunto de decisões que mais se adequa ao caso concreto, onde modelos similares do passado podem ser utilizados e aplicados no futuro.⁸⁴

Quais então seriam os aspectos levados em conta na teoria dos precedentes para fazer essa adequação do passado ao caso concreto do futuro? Leva-se em conta os fatos materiais similares ou iguais, mas há uma grande dificuldade em detectar isso em cada caso. Para a solução desse problema, a doutrina utiliza os termos *ratio decidendi* e *obiter dicta*.⁸⁵

Nos Tribunais Ingleses, a principal característica da utilização da teoria dos precedentes era a sua coercitividade, ou seja, quando uma decisão fosse proferida pela Corte, podia ela ter seu efeito vinculante obrigatório.⁸⁶ “O que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de a Corte Suprema não poder revogar o precedente, ainda que tenha bons fundamentos para não o respeitar”.⁸⁷

Mas também há os precedentes que não têm essa vinculação obrigatória, chamados de precedentes persuasivos, ou seja, o juiz tem que levar em conta o

⁸² BARBOZA, 2014, p. 199.

⁸³ MARINONI, 2016, p. 95-96.

⁸⁴ BARBOZA, op. cit., p. 199.

⁸⁵ Ibid., p. 200.

⁸⁶ Ibid., p. 200-202

⁸⁷ MARINONI, op. cit., p. 90.

precedente na hora da decisão, mas pode apresentar razões que afastem a sua aplicação no caso atual.⁸⁸

Mas só há garantia de respeito aos precedentes quando existe correspondente dever judicial de respeito. Não obstante, o dever judicial de respeito pode ter a sua intensidade medida ou graduada, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação. Neste sentido, o precedente pode ter eficácias variadas.⁸⁹

Esse poder coercitivo existente dentro do Poder Judiciário decorre da possibilidade de sanções, mas nem sempre, caso não respeitadas determinadas normas ou também para diferenciar as normas emanadas do poder legislativo das normas morais ou costumeiras.⁹⁰

Quando ignorada a aplicação de um precedente vinculante obrigatório, o juiz está sujeito a sanções administrativas, por exemplo, mas também há nesse caso a reprovação perante a sociedade e juristas, pois o posicionamento estará se contrapondo a uniformidade de decisões.⁹¹

A partir do ano de 1966, foi alterada a aplicação da teoria dos precedentes (*stare decisis*) na Inglaterra, fazendo com que a própria Corte Superior decidisse se seria um precedente vinculativo ou apenas persuasivo, pois, percebeu-se que se a teoria do *stare decisis* fosse adotada de maneira extremamente rígida e sempre os vinculando, poderia ocorrer uma tremenda injustiça em determinados casos, sem que a própria Corte Suprema pudesse rediscutir o caso. Havia também o risco de paralização do direito, sem que esse pudesse se desenvolver junto a sociedade.⁹²

Já nos Estados Unidos, a sociedade tem uma visão um pouco diferente quanto à teoria dos precedentes (*stare decisis*), pois nesse país os precedentes têm a mesma força que a lei, ou seja, devem ser respeitados por toda a comunidade americana e não apenas ser levada em consideração para a decisão de um caso concreto perante a justiça. Entende-se importante que se siga o precedente por ele trazer uma maior

⁸⁸ BARBOZA, 2014, p. 202.

⁸⁹ MARINONI, 2016, p. 90.

⁹⁰ BARBOZA, op. cit., p. 200.

⁹¹ Ibid., p. 201-202.

⁹² Ibid., p. 202-203.

segurança jurídica, garantida por decisões impessoais e com base em fundamentos jurídicos para cada caso concreto.⁹³

Um ponto que diferencia a doutrina dos precedentes em um determinado tempo é que, diferente de um período da Inglaterra em que não era possível a não aplicação de um precedente até mesmo pelas Cortes Supremas, nos Estados Unidos não foi adotada a teoria de maneira tão rígida, na qual se preferia rever um precedente e o atualizar, para que não mais ocorresse algum tipo de erro na decisão atual ou futura.⁹⁴

Poder similar a este sempre foi exercido nos Estados Unidos, seja pela Suprema Corte, seja pelas suas cortes inferiores. A Suprema Corte americana entende que a revogação de um precedente requer justificativa especial, mas nunca se sentiu proibida de assim agir. A Corte de Apelação de Nova Iorque, nesta linha, evita perpetuar precedentes que se mostrem distantes das novas tecnologias, da nova realidade social ou mesmo que, em razão de uma experiência posterior, revelem-se evidentemente equivocados.⁹⁵

Quando se utiliza a doutrina dos precedentes, defende-se que ao aplicar um precedente não se pode fazer um juízo de valor quanto a esse, mas sim aplicá-lo pura e simplesmente por se tratar de uma decisão anterior. Ou seja, não é possível analisar se esse precedente é justo ou bom, pois isso já foi feito quando decidido no passado, devendo então apenas analisar se esse se enquadra no caso concreto atual, como já ocorreu com as leis na tradição *Civil Law*.⁹⁶

Nos países que adotaram a codificação e também a teoria dos precedentes, é possível verificar que a partir deles tenta-se buscar uma unificação e uniformidade no sistema jurídico, como respeito desses precedentes ao direito escrito, sanando qualquer lacuna perante a interpretação desse ordenamento.⁹⁷

⁹³ BARBOZA, 2014, p. 203-205.

⁹⁴ Ibid., p. 206.

⁹⁵ MARINONI, 2016, p. 91-92.

⁹⁶ BARBOZA, op. cit., p. 207-208.

⁹⁷ Ibid., p. 210.

3.1.1 A *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum* do Precedente

Utiliza-se na teoria dos precedentes os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* para identificar os motivos determinantes e indispensáveis para a decisão judicial que virará um precedente para ser aplicado futuramente.⁹⁸

Na tradição *Common Law*, é por meio dos *reported cases* que verificamos a existência ou não de um precedente, não sendo uma simples opinião ou valoração do juiz, pois se esse juízo de valor não for necessário para a decisão, estar-se-á diante de *obiter dictum*.⁹⁹

Mas o conceito de *obiter dictum* na tradição *common law* está fortemente relacionado com a *ratio decidendi*, pois se esse corresponde as questões centrais e necessárias para a verificação de um precedente, a *obiter dictum* seria então aquilo que não é necessário para a compreensão e aplicação futura de um precedente, não possuindo força obrigatória, mas sim persuasiva.¹⁰⁰

O que vai dar vida ao precedente é a razão de decidir, sendo que essa está na fundamentação¹⁰¹ ou um princípio que deu causa ao porque estar-se decidindo de tal maneira, a parte impositiva da decisão, sendo imprescindível então a descoberta desse para que um precedente vinculativo venha a existir e tenha a mesma força normativa de uma lei.¹⁰²

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgamento anterior, constituiu *ratio decidendi*.¹⁰³

⁹⁸ BARBOZA, 2014, p. 216-217.

⁹⁹ Ibid., p. 217.

¹⁰⁰ MARINONI, 2016, p. 168-170.

¹⁰¹ Ibid., p. 162.

¹⁰² BARBOZA, op. cit., p. 217.

¹⁰³ MARINONI, op. cit., p. 178.

É difícil identificar esses fatos imateriais ou impositivos, pois pode ser que o juiz não tenha tratado deles de maneira clara ou tão perceptível, ou até mesmo foram omitidos, o que torna ainda mais trabalhosa a busca da razão de decidir.¹⁰⁴

Como não há um consenso preciso sobre o conceito da *ratio decedendi*, utiliza-se dois métodos definidos pela doutrina inglesa, que são o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.¹⁰⁵

Para Wambaugh, a razão de decidir é fundamental para o caracterizar o precedente, tendo em vista que sem ela o caso seria decidido de outra maneira. No teste, utiliza-se uma proposição contrária ao que foi decidido pela Corte, ou seja, inverte-se o seu sentido. Se a proposição adotada para o teste gerar uma decisão igual, a *ratio decedendi* do precedente usado no teste passa a ser *obiter dicta*.¹⁰⁶

Já no método adotado por Goodhart, há uma supervalorização dos fatos, na qual a *ratio decedendi* é verificada por meio dos fatos indispensáveis para o precedente.¹⁰⁷ Ou seja, para se encontrar a *ratio decedendi* do precedente é preciso analisar todos os fatos essenciais no caso passado.¹⁰⁸

A razão de decidir (*ratio decedendi*) então é a fonte de qualquer precedente, tendo que ser utilizada para decidir casos futuros vinculados. Mas o precedente pode ter questões não vinculativas, mas sim persuasivas, ou seja, pode servir de diretriz para decisões futuras, mas sem que haja uma obrigatoriedade para tal.¹⁰⁹

É a partir da escolha dos fatos relevantes que surge a fundamentação e em consequência a *ratio decedendi* que cria o precedente e o direito. Não é possível separar a fundamentação dos fatos, pois é com a análise dos fatos que se é possível compreender o porquê chegou-se em determinada conclusão, pois se levar em conta esse conjunto de fatos e fundamentos separados, é possível existir uma decisão arbitrária, o que não é o objetivo e função dos precedentes.¹¹⁰

¹⁰⁴ MARINONI, 2016, p. 163.

¹⁰⁵ Ibid., p. 163.

¹⁰⁶ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Co., 1894. p. 18.

¹⁰⁷ GOODHART, Arthur L. *Three cases on possession*. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928. p. 195-208.

¹⁰⁸ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decedendi of a case*. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931. p. 15.

¹⁰⁹ BARBOZA, 2014, p. 218.

¹¹⁰ Ibid., p. 218-219.

Não há dúvida que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque os fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque cada caso tem as suas próprias particularidades fáticas – que, em abstrato, podem ser identificadas em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que o violado não seja o princípio da igualdade, mas claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.¹¹¹

É quase raro se deparar com dois casos extremamente iguais, pois sempre um fato ou detalhe vai ser distinto em cada um deles, e esse fato faz com que não seja necessário para a aplicação de um precedente em um caso futuro que exista essa igualdade fática, mas sim que sejam semelhantes em seus aspectos fáticos relevantes.¹¹²

É de difícil compreensão saber também quem define a razão de decidir (*ratio decidendi*), pois toda essa teoria usa fatos do passado no futuro, em que pessoas diferentes estão sob a visão de cada caso. Mas não é correto afirmar que a Corte que está analisando o caso posterior venha a criar o precedente, pois se isso acontecer, a finalidade pela qual o instituto foi criado seria quebrada. É dada a Corte futura a prerrogativa de compreender os fatos e a razão para tal.¹¹³

3.1.2 A Superação dos Precedentes

Com relação à Doutrina dos Precedentes (*stare decisis*), foi possível observar que não há em todos os precedentes uma vinculação obrigatória absoluta, sendo possível a superação desse por meio da revogação ou então da distinção entre os casos analisados. Essa superação foi adotada pela doutrina em países de tradições Common Law por existirem diversas críticas a esse respeito.¹¹⁴

Uma das críticas feitas é a de que, com a adoção da teoria dos precedentes o que se busca é a estabilidade das decisões e a segurança jurídica, mas se existir uma

¹¹¹ MARINONI, 2016, p. 166.

¹¹² BARBOZA, 2014, p. 224.

¹¹³ MARINONI, op. cit., p. 167.

¹¹⁴ BARBOZA, op. cit., p. 224.

absoluta estabilidade quanto aos precedentes, frustrada estará a motivação que levou a adoção de tal instituto, pois não seria possível então o direito estar se adaptando as mudanças ocorridas na sociedade, como morais, de justiça, econômicas e até mesmo o avanço da tecnologia.¹¹⁵

É preciso então que as Cortes realizem essas alterações frente aos precedentes para que não se torne um instituto estático e desatualizado em relação ao progresso social e econômico, mesmo que ao fazer isso, gere conflitos no sistema judiciário. As sociedades contemporâneas estão cada dia mais complexas, e isso requer do judiciário que não exista essa estabilidade absoluta dos precedentes.¹¹⁶

Os métodos utilizados pelos juízes para afastar a aplicação de um precedente são a distinção do caso em julgamento com o caso passado (*distinguishing*) e a superação do precedente (*overruling*), e caso esses métodos venham a ser utilizados, devem ser fundamentados o porquê da não aplicação do precedente no caso atual. Mas a utilização desses instrumentos não tira a força vinculante do precedente, pois se é necessária essa fundamentação para a não incidência do precedente, estará demonstrada a força que ele tem, mas que é limitada.¹¹⁷

A distinção entre os casos requer uma fundamentação mais simples, pois o juiz quer apenas demonstrar que os fatos do caso atual são diferentes do caso passado, devendo então entrar na questão da *ratio decidendi* e *obiter dicta*, e ficar demonstrado que a razão de decidir é diferente nos casos em análise.¹¹⁸

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.¹¹⁹

Uma situação em que o juiz faz a diferenciação entre o caso presente e do passado não faz com que o precedente perca sua força, mas percebe-se que se essa

¹¹⁵ BARBOZA, 2014, p. 224-225.

¹¹⁶ Ibid., p. 225-226.

¹¹⁷ Ibid., p. 226-227.

¹¹⁸ Ibid., p. 227.

¹¹⁹ MARINONI, 2016, p. 232.

prática é reiterada, naturalmente o precedente vai deixando de ter toda sua autoridade. Isso porque, se está deixando de lado a sua aplicação, o que significa a não aceitação do precedente da mesma forma como quando ele foi criado.¹²⁰

Quando o Poder Judiciário recusa a aplicação de um precedente, restará caracterizada a sua superação (*overruling*). Esta é uma maneira de revogação do precedente, que ocorre pela sua substituição por uma decisão posterior proferida com o intuito de afirmar o direito. E se isso ocorre, ou seja, se o juiz ao revogar o precedente quer afirmar o direito, significa então que o precedente o está violando, sendo possível então o instituto da revogação dentro da Teoria dos Precedentes.¹²¹

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.¹²²

É possível dizer que, quando há substituição de um precedente ou então sua revogação, tudo aquilo que fazia parte da razão de decidir (*ratio decidendi*) passa então a ser *obiter dictum*¹²³, ou ainda, podemos denominar de *obter-ing*¹²⁴, no qual “seria a transformação de um fundamento, que foi considerado essencial para decisão de um caso concreto que passa a ser entendido como uma argumentação secundária não determinante para a decisão”.¹²⁵

¹²⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 115.

¹²¹ BARBOZA, 2014, p. 229-230.

¹²² MARINONI, 2016, p. 254.

¹²³ BARBOZA, op. cit., p. 231.

¹²⁴ MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent* apud MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Hants: Ashgate, 1997. p. 516.

¹²⁵ BARBOZA, op. cit., p. 231.

3.2 IMPORTANTE DIFERENCIAÇÃO DE INSTITUTOS AFINS PRESENTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico sempre considerou como fonte principal do direito a lei, negando outros institutos fonte primária e até mesmo secundária.¹²⁶ É importante tratar de alguns institutos que fizeram com que houvesse uma harmonização entre a lei e a interpretação feita pelo juiz, como por exemplo, jurisprudência, as súmulas, as decisões judiciais, pois esses revelam caminhos distintos diante do ordenamento jurídico brasileiro, que ao introduzir a teoria dos precedentes obrigatórios¹²⁷, “[...] buscou entrelaçá-los visando à prestação da tutela dos direitos [...]”¹²⁸, o que pode gerar alguma confusão na sua aplicação.

3.2.1 Decisão Judicial

É possível que se confunda uma simples decisão judicial com a existência de um precedente, mas essas não se confundem.¹²⁹ Para a caracterização de um precedente é preciso existir alguns traços predominantes, e em algumas decisões essas características não se encontram, não formando então um precedente.¹³⁰

Uma mera decisão não possui uma fundamentação necessária para ter influência sobre casos futuros, essa decisão não altera qualquer paradigma existente na sociedade, mas apenas confirma os já presentes nessa. É exatamente essa confirmação de precedente já existente em uma determinada sociedade que

¹²⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83.

¹²⁷ MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 71.

¹²⁸ MITIDIEIRO, loc. cit.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 610-611.

¹³⁰ MARINONI, 2016, p. 157-158.

diferencia uma mera decisão com precedente, pois o precedente vem trazer para o âmbito jurídico as mudanças da sociedade ao longo de um determinado período.¹³¹

Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *Common Law*, de um *point of law* –, e não de matéria de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.¹³²

Com isso, conclui-se que “[...] se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente”.¹³³

3.2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis nasceu na Constituição Republicana de 1891. Diversas alterações foram feitas e outras Constituições entraram em vigor, mas ainda na de 88 há a previsão desse instituto, e vai além, tratando do controle concentrado de constitucionalidade e também do controle difuso.¹³⁴

O controle concentrado de constitucionalidade se dá por meio de ações diretas, como por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.¹³⁵

¹³¹ STRACK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasiliis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 78, p. 289, maio-jun. 2009.

¹³² MARINONI, 2016, p. 158.

¹³³ MARINONI, loc. cit.

¹³⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 205-206.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 206-207.

Esse controle tem a função de solucionar questões que versem sobre a Constituição Federal e está restrita à sua parte dispositiva¹³⁶, trazendo com ele a eficácia *erga omnes*, ou seja, “Todos ficam submetidos a decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato”.¹³⁷

Há uma confusão do plano de atuação desses institutos, pois o controle de constitucionalidade atua no plano de aplicação enquanto a teoria dos precedentes tem aplicação no plano da interpretação judicial.¹³⁸

3.2.3 Súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

As súmulas são métodos criados por países que adotaram a tradição *Civil Law* que buscam a uniformidade de interpretações nas decisões proferidas pelo judiciário, o que não teve muito sucesso.¹³⁹

No Brasil, elas foram criadas por volta do ano de 1960 em resposta ao grande volume de demandas no judiciário, pois esse se encontrava sufocado com a quantidade de processos aguardando julgamento, e na maior parte das vezes, tratando das mesmas questões. Para a elaboração de uma Súmula existe um rito próprio, na qual é necessária passar por um debate sobre o tema, tendo de ser aprovada e publicada.¹⁴⁰

A criação da súmula não se deu para que houvesse a vinculação das instâncias inferiores, mas para que existisse um documento com os entendimentos da Corte, com o intuito de facilitar a aplicação do direito. Foi com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e a reforma do judiciário que passou a existir no ordenamento brasileiro a previsão da súmula vinculante¹⁴¹, que só poderá ter como objeto questões de direito Constitucional.¹⁴²

¹³⁶ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 32

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 974.

¹³⁸ MITIDIERO, 2017, p. 92-93.

¹³⁹ MARINONI, 2016, p. 287.

¹⁴⁰ SOUZA, 2008, p. 253.

¹⁴¹ LIMA, 2013, p. 242-244.

¹⁴² SOUZA, op. cit., p. 271.

As súmulas vinculantes têm as mesmas características de uma súmula, ou seja, também constitui um enunciado contendo uma determinada maneira de se interpretar o direito. O que vai diferenciar a súmula e a súmula vinculante é que, quando diante do caso concreto, se houver teses jurídicas coincidentes é obrigatória a vinculação da súmula.¹⁴³

Mas é crucial ficar claro que a súmula (ou um enunciado dela) significa algo diverso do precedente obrigatório (*binding precedent*) nos termos da teoria do *stare decisis*. Observando a súmula brasileira e comparando-a com o *binding precedent* (o que é de grande utilidade para a correta compreensão do instituto brasileiro), vê-se, imediatamente, que sua origem é diferente e seu alcance é bem menor.¹⁴⁴

Há uma confusão quanto a aplicação da súmula com a existência nela de precedentes vinculantes, mas não são a mesma coisa. As súmulas são enunciados de interpretação advindo das Cortes de Correção, contém apenas uma tese com o objetivo de facilitar o julgamento de recursos, ou seja, não há a previsão da motivação do porquê se chegou a um determinado resultado, não tendo então a presença da *ratio decidendi* nas súmulas, e por isso se torna incompatível o instituto com a aplicação da teoria dos precedentes.¹⁴⁵

É importante observar que as súmulas são criadas e aplicadas pelo mesmo órgão, a Corte Suprema. Quando há a criação de uma súmula e descumprida por algum tribunal inferior, é de competência dessa mesma Corte criadora analisar o caso. Ocorre aqui uma contradição frente a nosso sistema, tendo em vista que, conforme o autor Lenio Streck “Trata-se de um caso singular – e sem precedentes no direito – de verdadeira ‘interpretação autêntica’, uma vez que o próprio órgão que criou a Súmula vinculante irá dizer qual é a sua (correta) interpretação”.¹⁴⁶

Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais,

¹⁴³ SOUZA, 2008, p. 270.

¹⁴⁴ Ibid., p. 255.

¹⁴⁵ MARINONI, 2016, p. 287.

¹⁴⁶ STRACK, 2009, p. 288.

fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados.¹⁴⁷

Outra diferença existente entre o instituto com a aplicação da teoria dos precedentes é que a súmula decorre de uma série de julgamentos, no qual deseja-se apenas deixar claro o entendimento do Tribunal em relação a determinado assunto, tendo sua força obrigatória apenas pela própria Corte que emitiu o enunciado.¹⁴⁸

3.2.4 A Uniformização da Jurisprudência

O termo jurisprudência utilizado pelo nosso ordenamento tem origem francesa e sofreu uma maior influência de países que adotaram a tradição romano-canônica.¹⁴⁹ No Brasil, passaram a ter vida no tempo em que haviam as Cortes de Correção, ou seja, eram produtos do poder Legislativo e não se enquadravam, na época, ao Poder Judiciário e estavam destinadas a garantir a aplicação da lei em seu sentido exato. Por esse motivo, havia uma grande quantidade de recursos de jurisdicionados não satisfeitos com as decisões e que versavam sobre o mesmo assunto. Tal Corte não existe mais, pois foi necessária a criação de uma Corte que pudesse interpretar o direito, ou seja, dar sentido a uma determinada norma que deve ser observada por Tribunais e juízes.¹⁵⁰

A função da uniformização da jurisprudência, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, é:

[...] manter a unidade do direito, levando à uniformização da jurisprudência de um mesmo tribunal, para evitar o descrédito e o cepticismo dos jurisdicionados quanto à efetividade da prestação jurisdicional. Evita-se, assim, que a sorte dos litigantes fique na dependência exclusiva da distribuição do feito a este ou àquele órgão.¹⁵¹

¹⁴⁷ MARINONI, 2016, p. 159.

¹⁴⁸ SOUZA, 2008, p. 255.

¹⁴⁹ MITIDIERO, 2017, p. 70-71.

¹⁵⁰ MARINONI, op. cit., p. 289.

¹⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 331.

A jurisprudência uniforme é, para Luiz Guilherme Marinoni, “[...] o resultado dos vários julgados acerca da interpretação da lei ou da devida solução de uma questão de direito, apresentando-se como dado que a um só tempo revela o entendimento do tribunal e o critério para revisão das sentenças”.¹⁵²

No caso da uniformização da jurisprudência, o que ocorre é que o órgão uniformizador decidirá a partir da letra da lei ou com embasamento em determinada tese jurídica sobre alguma questão de direito, e não tratando dos fatos apresentados no caso concreto. Os fatos do caso serão analisados pelo órgão fracionário, que estará vinculado à decisão proferida pelo órgão colegiado, responsável pela uniformização.¹⁵³

¹⁵² MARINONI, 2016, p. 292.

¹⁵³ SOUZA, 2008, p. 242.

4 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A introdução da teoria dos precedentes no ordenamento brasileiro acontece quando se percebe que em algumas situações as razões e fundamentos de uma decisão judicial serviriam para integrar a esfera normativa e também frequentes dúvidas existentes a respeito do assunto.¹⁵⁴

Mas a aplicação dos precedentes obrigatórios foi introduzida de maneira confusa no Código de Processo Civil.¹⁵⁵ Assim como ficou demonstrado no capítulo anterior, em que foram feitas algumas diferenciações necessárias para a compreensão do tema, verifica-se que a matéria não se apresenta bem clara quando tratada pelos artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927 do Código de Processo Civil.¹⁵⁶

O artigo 926 do Código de Processo Civil já apresenta alguns problemas:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.¹⁵⁷

É necessário fazer uma distinção na organização judiciária, na qual as Cortes de Justiça têm função de analisar os fatos do caso concreto e aplicar o direito, e caso seja necessário dar ensejo as discussões acerca de soluções interpretativas. Mas é função das Cortes Supremas dar a última palavra na interpretação de uma norma constitucional ou federal.¹⁵⁸

Trata-se de dispersão que tende a durar enquanto inexistente orientação definitiva sobre a questão emanada da Corte de Precedentes encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do

¹⁵⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 606.

¹⁵⁵ Ibid., p. 607.

¹⁵⁶ MITIDIERO, 2017, p. 83.

¹⁵⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁵⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 607-608.

direito federal ou orientação uniforme da própria Corte de Justiça tomada a partir da forma própria.

[...]

Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo no seio da jurisprudência é em grande medida inevitável, dado o caráter equivoco da linguagem em que vazados os textos legislados. Nada obstante, a fim de que as partes possam contar com um mínimo de segurança enquanto não se define a questão nas Cortes de Precedentes, o ideal é que as Cortes de Justiça uniformizem as suas respectivas jurisprudências. Daí a ideia de uniformização da jurisprudência das Cortes de Justiça que presidi o incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC) e de certo modo o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987 do CPC).¹⁵⁹

Ou seja, a função das Cortes de Justiça é trazer ao conhecimento do Poder Judiciário os possíveis entendimentos para a aplicação do texto legal em determinado caso, para que então venha a Corte Suprema e forme um precedente. As Cortes Supremas usam o caso concreto como um meio para se chegar ao resultado, o precedente.¹⁶⁰

É através dessa diferença na organização e na função que se faz necessária a particularização do artigo 926 do Código de Processo Civil, em que apenas as Cortes Supremas dão unidade ao direito, e quem apresenta soluções de casos que servirão de precedentes vinculantes para casos futuros.¹⁶¹

Outro problema apresentado pelo artigo 926 e 927 do Código de Processo Civil é que, conforme feita a distinção entre precedente, súmula e jurisprudência, os conceitos deles não podem se confundir. Mas em análise à legislação em vigor, é preciso trazer um novo significado a esses institutos.¹⁶²

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;

¹⁵⁹ MITIDIERO, 2017, p. 78.

¹⁶⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 608.

¹⁶¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, loc. cit.

¹⁶² Ibid., p. 609-610.

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [...].¹⁶³

Ao ser tratada a questão do controle de constitucionalidade no inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil, não estar-se-á diante de um precedente, mas sim de um dispositivo que conta com a eficácia *erga omnes*¹⁶⁴, como já tratado no presente trabalho. O que poderá gerar um precedente, nesse caso, é uma decisão que verse sobre o controle de constitucionalidade, sendo esse concentrado ou difuso, e nessa decisão exista a *ratio decidendi* capaz de gerar o precedente.¹⁶⁵

Já o inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil, ao tratar de acórdãos e julgamentos, não faz referência a necessidade de conter nesses a razão de decidir necessárias para o caso ficar configurado como precedente, o que já foge da aplicabilidade da teoria dos precedentes vinculantes nesse caso.¹⁶⁶

Ao tratar da jurisprudência nesses artigos, o Código trouxe a força vinculante e tirou a necessidade de reiterados julgamentos para configurar as hipóteses do inciso III do artigo 927, ou seja, aos julgamentos de casos de demandas repetitivas ou de incidentes de assunção de competência.¹⁶⁷

Para Daniel Mitidiero:

O Novo Código claramente outorgou outro sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o Novo Código exige a sua ressignificação: isso porque, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomado em incidente de assunção de competência (art. 927, inc. III) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demanda repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência.¹⁶⁸

Já em relação às súmulas, elas passaram a ter a necessidade de identificar na própria súmula e fazer a correspondência com os fatos apresentados no caso utilizado

¹⁶³ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁶⁴ MITIDIERO, 2017, p. 92.

¹⁶⁵ MITIDIERO, loc. cit.

¹⁶⁶ Ibid., p. 93.

¹⁶⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 610.

¹⁶⁸ MITIDIERO, op. cit., p. 88.

para a sua criação, ou seja, tem que ter presente as circunstâncias fáticas dos casos concretos como prevê o §2º do artigo 926 do Código de Processo Civil. Com isso, não é mais possível redigir uma súmula sem que sejam analisados os fatos do caso concreto que teve por base sua criação.¹⁶⁹

Além dessa ressignificação para a aplicação das súmulas e também da jurisprudência, com a introdução dos precedentes obrigatórios, esse não pode ser confundido com a decisão judicial¹⁷⁰, como já foi tratado também no capítulo anterior.

As hipóteses previstas nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil são exemplificativas¹⁷¹, ou seja, os precedentes não emanam exclusivamente desses artigos, pois nem sempre que estiverem presentes alguma dessas hipóteses estar-se-á diante de um precedente¹⁷². Tais artigos apenas nos dão dicas de como os precedentes podem se formar, pois dizem “[...] a respeito de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira”.¹⁷³

O entendimento de que os precedentes são oriundos apenas das formas previstas nos artigos 926 e 927 do CPC é, portanto, mitigada quando se compreende que um precedente independe da quantidade de decisões anteriores, mas sim da qualidade dessas decisões.¹⁷⁴

Conforme afirma Daniel Mitidiero, os precedentes são conceituados como:

[...] um conceito qualitativo, porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes.

[...]

É um conceito material, porque depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos – os precedentes operam sobre os fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgem.

[...]

É um conceito funcional, porque depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido.¹⁷⁵

¹⁶⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 610.

¹⁷⁰ MITIDIERO, 2017, p. 83.

¹⁷¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 611.

¹⁷² MARINONI, 2016, p. 288.

¹⁷³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 611.

¹⁷⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, loc. cit.

¹⁷⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 90-91.

No *caput* do artigo 927 do Código de Processo Civil há a previsão de que “os juízes e os tribunais observarão”¹⁷⁶ as hipóteses tratadas no artigo. Isso decorre da aplicação da teoria dos precedentes (*stare decisis*), com a sua vinculação vertical e horizontal, ou seja, quando formado um precedente vinculante, as Cortes de Justiça devem respeitá-lo para que seja alcançada a unicidade no direito brasileiro. No entanto, para que esse precedente seja respeitado por essas Cortes de Justiça, a própria Corte Suprema tem que respeitar o precedente que eles mesmos criaram. Incorre também que quando as Cortes de Justiça respeitam a jurisprudência formada através do incidente de resolução de demanda repetitivas e assunção de competência eles estarão se sujeitando à vinculação vertical.¹⁷⁷

4.1 RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Assim como já foi mencionado anteriormente, o precedente não se confunde com decisão judicial. O que vai configurar a vinculação e formação de um precedente é a presença da razão de decidir (*ratio decidendi*), ou seja, a razão trazida na justificção do julgamento do caso concreto.¹⁷⁸

A *ratio decidendi* é resultado de uma construção genérica das razões levadas em consideração pela Corte julgadora, e que devem ser levadas em consideração no julgamento do caso atual.¹⁷⁹ A aplicação do precedente envolve, portanto, a individualização dos fatos e razão determinantes da decisão e também as semelhanças e diferenças entre o caso atual e o precedente.¹⁸⁰

A razão que leva a uma decisão e a fundamentação estão presentes na justificção dessa, mas não podem ser confundidos.¹⁸¹ Enquanto a fundamentação está relacionada com o caso particular em análise, a *ratio decidendi* tem a ver com a

¹⁷⁶ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹⁷⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 612.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 613.

¹⁷⁹ MITIDIERO, 2017, p. 100.

¹⁸⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 26-27.

¹⁸¹ DUXBURY, 2008, p. 67.

unidade do direito.¹⁸² A dimensão objetiva de um precedente está presente na necessidade e essencialidade da razão de decidir (*ratio decidendi*) para que o caso seja resolvido.¹⁸³ Tudo aquilo que não é necessário para a solução de um caso é denominado *obiter dictum*.¹⁸⁴

Tendo em vista o que foi tratado até aqui, pode-se afirmar que para a identificação e aplicação de um precedente, há de ser feita uma interpretação do que foi apresentado da decisão proferida pelo juiz¹⁸⁵, e diz ainda Marinoni¹⁸⁶, “[...] o precedente depende de interpretação para ser percebido como tal pelo órgão judicial”.

Conforme artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil,

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.¹⁸⁷

Esse artigo traz a necessidade de que na aplicação de um precedente, esteja caracterizado o debate para sua aplicação, caso já não tenha sido dada essa oportunidade às partes durante o processo, devendo ser respeitado o direito ao contraditório e a ampla defesa. Há também a necessidade de ser comparado o caso utilizado como precedente ao que está sendo julgado no momento, em seus fatos semelhantes e relevantes e os eventos distintos de cada caso. Isso é necessário para

¹⁸² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614.

¹⁸³ TUCCI, 2004, p. 305-306.

¹⁸⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 614.

¹⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 131-133.

¹⁸⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 614.

¹⁸⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

que ocorra a aplicação da teoria dos precedentes corretamente e não ocorra uma padronização no sistema.¹⁸⁸

Por fim, ao trazer força vinculante à jurisprudência formada pelas Cortes de Justiça e em alguns casos determinados pelo ordenamento jurídico, fica valendo também para a decisão formadora da jurisprudência a utilização do que foi tratado a respeito da *ratio decidendi* e também *obiter dictum*.¹⁸⁹

4.2 A DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

A identificação da *ratio decidendi* presente em uma decisão judicial formadora de um precedente é uma das tarefas que o juiz tem para a aplicação do precedente vinculativo, mas há ferramentas que fazem com que não ocorra aplicação do precedente de maneira tão simples.¹⁹⁰

A partir disso é possível ocorrer a distinção dos casos¹⁹¹, e nessa hipótese de não aplicação do precedente, é necessário que o juiz justifique o porquê da *ratio decidendi* existente em cada caso não ser semelhante, conforme previsto no artigo 927, §1º do Código de Processo Civil.¹⁹² Também pode acontecer uma alteração ou uma modificação no precedente, também com previsão no Código de Processo Civil, no artigo 927, §§3º e 4º.¹⁹³

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo

[...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade

¹⁸⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614.

¹⁸⁹ Ibid., p. 615.

¹⁹⁰ Ibid., p. 615.

¹⁹¹ Ibid., p. 615.

¹⁹² MITIDIERO, 2017, p. 102.

¹⁹³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 615.

de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.¹⁹⁴

Ou seja, é preciso saber quando um precedente será aplicado ao caso – quando já houver um precedente com a mesma razão de decidir (*ratio decidendi*) ou semelhante – ou quando esse não deverá ser aplicado¹⁹⁵, que é quando os casos não apresentam a mesma razão (*ratio decidendi*) e nem mesmo são semelhantes, nesse caso, sendo necessário ocorrer a distinção (*distinguishing*) entre os casos.¹⁹⁶

Para tanto, essa distinção entre o precedente existente e o caso tem que ser feita de maneira consistente¹⁹⁷, ou seja, ser feita com base em reais diferenças existente entre as questões que estão sendo analisadas pelo juiz, como previsto no artigo 927, §4 do Código de Processo Civil.¹⁹⁸ No ordenamento brasileiro é vedada a prática de distinções inconsistentes, diferente do que ocorre nos Estados Unidos.¹⁹⁹

Essas ferramentas são necessárias em um ordenamento que adota a teoria dos precedentes para que o direito consiga acompanhar a sociedade e suas mudanças²⁰⁰, em que os princípios que norteiam essa doutrina – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de existir em um todo ou apenas de maneira parcial, e com isso, deixa de existir a necessidade da replicabilidade de tal precedente. A superação de um precedente pode ocorrer de maneira total (*overruling*) ou parcial, sendo que nessa última hipótese ocorre por meio da transformação (*transformation*) ou então com a sua reescrita (*overriding*).²⁰¹

A alteração parcial de um precedente (*overturning*) pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Isso porque para promoção da unidade prospectiva do Direito pode não ser oportuna ou necessária a superação total do precedente. Há transformação quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em

¹⁹⁴ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹⁹⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., 1991, p. 192.

¹⁹⁶ DUXBURY, 2008, p. 113.

¹⁹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 615.

¹⁹⁸ MITIDIERO, 2017, p. 104.

¹⁹⁹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 136-140.

²⁰⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 616.

²⁰¹ MITIDIERO, op. cit., p. 103.

consideração os aspectos fáticos-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior.²⁰²

A transformação tem função de alterar parte do precedente, mas que essa mudança o deixe compatível com o precedente que está sofrendo essa alteração, ou seja, que a produção dessa alteração ainda seja compatível com tal precedente. Já quando a Corte tem como fim alterar o âmbito de incidência de tal precedente, está realizando a reescrita desse e, a partir disso, o que não foi considerado na decisão tomada como precedente é reanalisada e seu alcance é reduzido.²⁰³

Para que não seja desrespeitada a segurança jurídica e quebrada a confiança no Poder Judiciário, é preciso que quando a Corte tenha a intenção de alterar um precedente, ela sinalize essa vontade ou preocupação em relação a determinado entendimento, isso tudo para que os interessados tenham conhecimento dessa possível alteração do entendimento do Direito.²⁰⁴

Em relação a competência para a adoção de tais ferramentas, ela é apenas da Corte responsável pela criação do precedente, ou seja, da Corte Suprema. As Cortes de Justiça não podem afastar a aplicação de um precedente por não concordar com tal entendimento, e quando fazem isso, não estão apenas divergindo sobre a aplicabilidade do precedente, mas sim desobedecendo a interpretação que foi dada sobre o assunto pela Corte Suprema. Para que ocorra a divergência de entendimentos é preciso que as Cortes envolvidas estejam no mesmo grau hierárquico, respeitando assim a organização, ordem na estrutura do Poder Judiciário e a função de cada Corte.²⁰⁵

Uma possibilidade para a manifestação de discordância das Cortes de Justiça em relação a um precedente pode ser admitido com a aplicação do *dissenting opinion*, prática utilizada pelo direito estadunidense. Tal prática pode servir como parâmetro para verificar o grau de aprovação ou até mesmo a necessidade de superação do precedente.²⁰⁶

É preciso analisar o efeito de um precedente revogado. Até que venha a ser formado um precedente, haverá diversos posicionamentos divergentes sobre a

²⁰² MITIDIERO, 2017, p. 103.

²⁰³ EISENBERG, Melvin, 1991, p. 132-136.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 336-344.

²⁰⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 104.

²⁰⁶ Ibid., p. 107.

mesma questão. Até a formação do precedente, todas essas questões divergentes que já foram decididas e formaram coisa julgada serão norteadas por tal decisão, ou seja, a aplicação do precedente vale apenas para decisões de casos futuros e não para as decisões já transitadas em julgado. É possível falar então que a criação de um precedente tem efeito *ex nunc*, e a respeito dessas decisões que já transitaram em julgado antes da formação do precedente, aplica-se a Súmula do STF nº 343,²⁰⁷ que diz “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.²⁰⁸

Com tudo isso que foi tratado, pode-se perceber que até a formação de um precedente é possível que sejam proferidas diversas sentenças que versem sobre o mesmo dispositivo legal e questões de fato de maneiras distintas, tanto nas Cortes de Justiça como nas Cortes Supremas, e essas podem transitar em julgado e receber a proteção do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal²⁰⁹, que prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.²¹⁰

Se ocorrer a aplicação do precedente de maneira retroativa, ou seja, com efeito *ex tunc*, como se existisse um único sentido para determinado entendimento, ocorreria a violação da segurança jurídica, e por esse motivo o precedente tem aplicação apenas para casos futuros.²¹¹

²⁰⁷ MITIDIERO, 2017, p. 108.

²⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. In: SANTOS, ANDERSON Alves dos; PINHO, Rafael Leandro (Org.). **Súmulas do STF**. Supremo Tribunal Federal, 2017. p. 196. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2017.

²⁰⁹ MITIDIERO, op. cit., p. 108.

²¹⁰ CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 7.

²¹¹ MITIDIERO, op. cit., p. 108-109.

4.3 O PRECEDENTE E RAZÕES PARA SEREM SEGUIDOS

A algum tempo vem-se acentuando a insegurança jurídica no sistema jurídico brasileiro, causada pela despreocupação do próprio judiciário em manter uma coerência dentro do sistema. Com isso, se nem mesmo as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores são seguidas por esses mesmos Tribunais, quem dirá pelos juízes de instâncias inferiores.

Ainda nesse sentido, essa insegurança está presente também na imprevisibilidade frente ao direito que a parte pretende demandar²¹², ou seja, em uma mesma questão posta em discussão era possível existir diversas decisões versando sobre um mesmo assunto.

Para garantir a segurança jurídica, é preciso trazer a igualdade para essas decisões proferidas pelos Tribunais. Não há como falar em segurança jurídica se não se buscar a igualdade²¹³, pois “[...] decorrente do princípio do Estado Democrático de jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito”.²¹⁴

4.3.1 Aspectos Positivos da Aplicação da Teoria dos Precedentes

A Constituição não faz referência a segurança jurídica em nenhum de seus diversos dispositivos, mas essa aparece tanto em forma de princípio como também um direito fundamental de um Estado de Direito. Com isso, o Estado tem o dever de garantir meios para que seja alcançada essa segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro.²¹⁵

Para garantir a segurança jurídica é necessário que o Estado e os seus jurisdicionados ajam conforme o direito, mas para isso é igualmente necessário que eles tenham conhecimento de como agir, devendo observar não somente as normas

²¹² BARBOZA, 2014, p. 236.

²¹³ Ibid., p. 237.

²¹⁴ Ibid., p. 237.

²¹⁵ MARINONI, 2016, p. 96-97.

positivadas, mas também a construção do direito realizada pelos magistrados.²¹⁶ Mas esse conhecimento, tanto das leis quanto do que está sendo decidido pelos juízes tem que ser conhecido previamente pelos jurisdicionados, para que eles não sejam surpreendidos.²¹⁷

De forma sucinta, é de se dizer que o Poder Judiciário não decide para si, mas para o jurisdicionado e para a coletividade, decide para garantir a pacificação social. E é justamente a pacificação social que jaz prejudicada, senão ferida gravemente, quando dentro do mesmo órgão confrontam-se entendimentos dissonantes sobre o mesmo ponto. O jurisdicionado se vê em meio a um emaranhado de direitos e obrigações incertas e indefinidas, que agride e desafia a legitimidade da autoridade Estatal. Por esse motivo, só a lei escrita e a codificação, como visto, não mais garante a segurança jurídica no *civil law*. Em face da liberdade auferida pelo magistrado desta tradição, notória necessidade da importação da teoria dos precedentes com as adaptações necessárias a suprir a segurança e previsibilidade almejada pelo *civil law*, atendendo às peculiaridades desta tradição.²¹⁸

Não se pode confundir segurança jurídica com certeza jurídica, são duas coisas distintas. Certeza jurídica é algo que o Direito não consegue atingir, mas sim tenta sempre buscar o que está mais próximo dessa certeza.²¹⁹

Tratando então da necessidade de o Estado proporcionar segurança jurídica a seus jurisdicionados, é preciso também assegurar a esses uma previsibilidade jurídica quanto às normas quando aplicadas pelo judiciário.²²⁰

Como já foi dito, apenas o conhecimento do que está positivado no ordenamento não é mais suficiente para assegurar essa previsibilidade, e por consequência a segurança jurídica frente a um ordenamento²²¹, pois é possível, diante de uma norma “x” existirem diversas interpretações.²²²

²¹⁶ MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law** – A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005. p. 18.

²¹⁷ LIMA, 2013, p. 160.

²¹⁸ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves Henriques. Precedentes Judiciais: em busca a uma pitada de estabilidade. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Direito jurisprudencial**. v. II. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 1160.

²¹⁹ LIMA, op. cit., p. 160-161.

²²⁰ CAMINKERS, Evan H. *Why must inferior courts obey superior court precedents?* **Stanfor Law Review**, *Stanford*, v. 46, n. 4, p. 34, abr. 1994.

²²¹ CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 36.

²²² MARINONI, 2016 p. 101.

O conhecimento de um precedente torna previsível qual será a solução aplicada ao caso na hipótese de acontecer alguma querela judicial. Assim, desde logo, os indivíduos e as pessoas jurídicas podem melhor ordenar suas condutas e seus negócios, e os advogados, em sendo o caso, podem antecipadamente aconselhar seus clientes, pois já há uma previsão de como as questões seriam resolvidas judicialmente.²²³

A previsibilidade do direito é algo que está intimamente ligado à confiança²²⁴, ou seja, “a previsibilidade leva a confiança e vice-versa”.²²⁵ Ao adotar a aplicabilidade dos precedentes na legislação processual brasileira em vigor, está-se diante de uma tentativa de buscar a confiança do cidadão na justiça brasileira.²²⁶

Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, as decisões, mas garante a confiabilidade do cidadão em seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania.²²⁷

Com a introdução da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, as partes, ao interpor determinada demanda, têm que observar não apenas as leis para buscar seus direitos, mas estar amparado também em casos precedentes, pois esses passam a integrar o campo normativo no sistema brasileiro.²²⁸

Em decorrência dessa previsibilidade do direito a partir da introdução da teoria dos precedentes obrigatórios, é importante destacar alguns outros efeitos positivos trazidos para a eficiência do Poder Judiciário. Primeiro, é importante lembrar que, com a instituição de tal sistema, os advogados passam a cumprir seu papel fundamental na sociedade, ou seja, “dar a seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio”.²²⁹

É fundamental destacar ainda que trazer ao cliente essa previsibilidade jurídica é importante “[...] para que as pessoas possam estabilizar as suas vidas e,

²²³ SOUZA, 2008, p. 300.

²²⁴ MARINONI, 2016, p. 108.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme [Coord.]. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 168.

²²⁶ MARINONI, op. cit., p. 108-109.

²²⁷ Ibid., p. 102.

²²⁸ Ibid., p. 100-102.

²²⁹ Ibid., p. 133.

especialmente, para que os conflitos possam ser prontamente dissipados, a partir da simples intervenção dos advogados”.²³⁰

A parte que se julga prejudicada, quando tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que será desfavorável. Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável.²³¹

Ou seja, quando o advogado apresenta os riscos da demanda e os entendimentos firmados pelo Poder Judiciário, faz com que ocorra um desestímulo na demanda pelo sujeito, possibilitando que através do real conhecimento da situação ocorram acordos, sem que seja acionada a tutela do Estado para isso.²³²

Mas não é apenas a previsibilidade que vai garantir segurança jurídica, sendo necessária a existência de uma estabilidade na ordem jurídica. É preciso que o direito, não apenas o legislado, mas também os precedentes, tenham uma duração razoável para apresentar sua verdadeira eficácia, demonstrando respeito por seus jurisdicionados e também aos órgãos da administração da justiça. Essa estabilidade, no entanto, não será alcançada enquanto as próprias Cortes Supremas não respeitarem suas próprias decisões, ou então os juízes continuarem defendendo seu poder discricionário sobre determinado assunto, em sentido contrário ao que já foi decidido pelos Tribunais Superiores.²³³

Nesse sentido, o autor Marcelo Dias Alves de Souza afirma que:

A obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade do nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um senso de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas.²³⁴

Em relação à igualdade, assim como a segurança jurídica, é ela um elemento do Estado de Direito e está presente na Constituição Federal, de maneira expressa

²³⁰ MARINONI, 2016, p. 134.

²³¹ Ibid., p. 135.

²³² Ibid., p. 135-136.

²³³ Ibid., p. 103.

²³⁴ SOUZA, 2008, p. 299.

no seu artigo 5º que diz “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.²³⁵

Também se aplica no ordenamento brasileiro como princípio, no qual afirma o autor Marcelo Alves Dias de Souza “[...] o princípio da igualdade perante a lei não pode ficar apenas no plano normativo. Tem seu lugar, talvez de maior destaque, na solução dos casos concretos na vida em sociedade”.²³⁶

Ao aplicar esse princípio no direito processual brasileiro, o legislador preocupou-se nitidamente em muito maior grau com os aspectos processuais, quando, por exemplo, falamos em contraditório ou na igualdade ao acesso à justiça, são aspectos processuais que vem para tentar garantir a isonomia entre as partes.²³⁷ Mas com essa atenção toda a aspectos processuais, acabou se deixando de lado a isonomia entre as decisões proferidas pelo judiciário. A tão propagada igualdade perde sentido se tais garantias tão resguardadas representem ao final de um processo uma decisão diversa da proferida em casos semelhantes.²³⁸

Não há como falar em isonomia nas decisões judiciais sem tratar da interpretação judicial.²³⁹ Isso porque, quando se está diante de uma lei é possível extrair diversos significados, seja por existir um conceito indeterminado ou então uma má redação dessa lei, tendo assim o magistrado uma margem para diversas interpretações.²⁴⁰ Mas é importante lembrar que esses casos comparados não podem ser analisados de forma isolada, mas sim levando em conta tudo aquilo em que não são semelhantes.²⁴¹

A isonomia reclamada é, portanto, a do direito julgado, ou seja, aquele que resulta da interpretação judicial. E o processo de interpretação judicial da norma legislada impõem não apenas o conhecimento, mas também o reconhecimento dos precedentes judiciais, exatamente para evitar que o resultado prático da demanda seja diverso de casos semelhantes já decididos, algumas vezes até por um órgão hierarquicamente superior²⁴².

²³⁵ CÉSPEDES; ROCHA, 2017, p. 6.

²³⁶ SOUZA, 2008, p. 305.

²³⁷ MARINONI, 2016, p. 111-113.

²³⁸ Ibid., p. 113.

²³⁹ Ibid., p. 116.

²⁴⁰ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Afonso Ruiz. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 488.

²⁴¹ LIMA, 2013, p. 146-147.

²⁴² Ibid., p. 153.

Nesse sentido, a teoria dos precedentes é tida como mais uma forma de tentar garantir uma igualdade, seja ela entre as partes, mas principalmente em relação as decisões judiciais proferidas pelos juízes, devendo sempre observar casos com aspectos semelhantes.²⁴³

É possível, a partir de tal busca na isonomia entre decisões proferidas pelo Poder Judiciário, a necessidade de uma coerência no sistema jurídico.²⁴⁴ Em outras palavras, não vai haver coerência enquanto um mesmo texto legal resultar em diversas normas judiciais.²⁴⁵ A existência de um sistema de precedentes obrigatórios faz com que seja solucionada essa incoerência existente no direito dos juízes.²⁴⁶

Outra contribuição positiva da teoria dos precedentes é a possibilidade de processo mais rápido, ou seja, busca-se a garantia de um direito expresso em nossa Constituição, que em seu artigo 5, inciso LXXVIII prevê “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²⁴⁷, em que, segundo Luiz Guilherme Marinoni “O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral”.²⁴⁸ Com essa duração razoável do processo, é possível afirmar também que há uma economia processual, tendo em vista que, por exemplo, o precedente torna desnecessário a interposição de recursos, pois esse será aceito apenas em situações excepcionais.²⁴⁹

Embora a economia de dinheiro e tempo possa ter pouca importância ao se considerar o caso individualmente, o seu significado exsurge com intensidade quando vista como benefício proporcionado pelo sistema de distribuição de justiça aos seus usuários. O respeito aos precedentes torna o uso do sistema judiciário mais barato, vindo ao encontro dos objetivos perseguidos pela democratização do acesso à justiça e pela realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF).²⁵⁰

²⁴³ LIMA, 2013, p. 151.

²⁴⁴ MARINONI, 2016, p. 127-128.

²⁴⁵ BANKOWSKI; MACCORMICK; MORAWSKI; MIGUEL, 1997. p. 487.

²⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 129.

²⁴⁷ CÉSPEDES; ROCHA, 2017, p. 9.

²⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 138-139.

²⁴⁹ Ibid., p. 139.

²⁵⁰ Ibid., p. 139.

Por último e não menos importante, o respeito a essa teoria dos precedentes e em consequência disso uma duração razoável no processo, fazem com que exista uma maior credibilidade e eficiência ao Poder Judiciário perante a sociedade.²⁵¹

4.3.2 Aspectos Negativos da Aplicação da Teoria dos Precedentes

Como já foi abordado, a aplicação da teoria dos precedentes trouxe muitos pontos positivos para a ordem jurídica brasileira, mas é necessário também mostrar os pontos negativos quanto à adoção de tal teoria, sempre atento à afirmação de Marcelo Alves Dias de Souza, no sentido de que “algumas dessas desvantagens ou defeitos são mais aparentes que reais [...]”.²⁵²

Em uma análise em que se leva em conta que após a existência de um precedente esse não poderia mais ser alterado, a adoção da teoria dos precedentes faz com que a jurisprudência e a doutrina fiquem ‘engessados’, ou seja, se torne algo imóvel, estático. Mas, quanto a isso, existem ferramentas que fazem com que o precedente obrigatório não venha a impedir o desenvolvimento do direito.²⁵³

Essas ferramentas são, por exemplo, o poder dado ao próprio tribunal que estabeleceu esse precedente de revoga-lo, o que não pode ser feito de forma livre e ilimitada, mas sim como uma medida excepcional.²⁵⁴ Nesse caso, é de extrema importância uma fundamentação pautada no desenvolvimento social, o qual não suporta mais a aplicação desse precedente no presente e futuro.²⁵⁵

Luiz Guilherme Marinoni entende que

[...] a ausência de precedente com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e assim, do direito -, mas e a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte

²⁵¹ MARINONI, 2016, p. 140.

²⁵² SOUZA, 2008, p. 284.

²⁵³ MARINONI, op. cit., p. 140-141.

²⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 143.

²⁵⁵ TASSARA, Andrés Ollero. *Igualdad em la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 77-78.

redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza do direito.²⁵⁶

Outro problema apresentado é que, ao tornar obrigatória a aplicação de um precedente, pode ocorrer que se aplique uma mesma solução para um caso diferente, com uma pequena diferença, mas diferença essa que seja primordial para o afastamento de tal precedente. Mas para solucionar esses casos o juiz tem a possibilidade de distinguir (*distinguished*) o caso que está sob sua análise e o precedente, levando-se em consideração os fatos e a tese jurídica utilizada em tal precedente.²⁵⁷

A aplicação da teoria dos precedentes deve ocorrer de maneira racional, ou seja, tem-se que levar em consideração as particularidades, assim como ocorre na aplicação de uma lei.²⁵⁸

A Revolução Francesa fez com que fosse adotado um sistema de separação dos poderes de maneira rígida. Nesse contexto, com o surgimento do *stare decisis* e a adoção no direito dos precedentes, isso estaria ofendendo essa separação dos poderes. Mas essa separação dos poderes rígidas foi caindo em desuso, até mesmo no Brasil.²⁵⁹

É preciso lembrar que os sistemas de *civil law* e *common law* caminham para a convergência. A mais recente forma de pensar no *common law* privilegia uma concepção interpretativa do precedente e não mais uma visão de "criação do direito". Enquanto isso, o *civil law* caminha em direção a uma verdadeira sobreposição entre a interpretação e a criação do direito, "oficialmente" resiste-se em aceitar o precedente judicial como obrigatório.²⁶⁰

É importante diferenciar o trabalho do Poder Judiciário e o do Poder Legislativo. Ao legislador é dada a função de criar uma lei, devendo ele sempre buscar ser o mais claro possível para que não abra margem de discricionariedade na hora de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Já ao juiz, compete a ele interpretar a lei, trazer o significado dessa lei e enquadrá-la no tempo e espaço em que a sociedade vive.

²⁵⁶ MARINONI, 2016, p. 144.

²⁵⁷ Ibid., p. 144-145.

²⁵⁸ BANKOWSKI; MACCORMICKI; MORAWSKI; MIGUEL, 1997, p. 495.

²⁵⁹ SOUZA, 2008, p. 294-295.

²⁶⁰ MARINONI, op. cit., p. 149.

Diferenciando essas funções, é possível perceber que a norma criada pelo juiz é decorrente da interpretação de uma Lei, residindo a diferença de sua atuação no dever de fundamentação para se alcançar esse caminho. O juiz está vinculado a fundamentar o porquê dessa construção normativa, enquanto o legislador não.²⁶¹

O judiciário, a muito tempo, não só aplica a lei, mas sim a interpreta, nega aplicabilidade de determinada lei a um caso – controle de constitucionalidade concentrado, por exemplo -, e até mesmo cria normas quando se depara com uma omissão do Poder Legislativo que venha a pôr em risco algum direito fundamental.²⁶² Luiz Guilherme Marinoni defende que “se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, as Cortes Supremas devem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário”.²⁶³

Outro argumento contrário à aplicação da teoria dos precedentes no ordenamento brasileiro é o de que, ao aplicar essa teoria, o juiz tornar-se-ia mero repetidor de precedentes, deixando-o limitado em sua decisão.²⁶⁴ Defendem que isso tiraria a independência do juiz, o seu livre convencimento, como quem diz que o juiz “apenas é independente quando tem poder para decidir de forma diferente das Cortes Supremas, ainda que, com isso, o Judiciário termine por dar tratamento desigual a casos iguais”.²⁶⁵

O juiz tem suas competências estabelecidas, e uma delas é o dever de proferir sentença para os casos, respeitando a isonomia e a racionalidade dessas decisões. Seria, então, uma incoerência decidir de maneira diversa em casos que venham a ser iguais, uma verdadeira violação ao Estado do Direito.²⁶⁶

Não se quer enfraquecer o papel dos juízes de primeiro grau; o que se quer, para os processos de massa, é um reforço da jurisdição concentrada, que se faz necessário em busca de soluções expeditas e da uniformização das decisões. A questão é que, na harmonização dos dois modelos, é absolutamente necessário, pela própria natureza das coisas, que haja predominância do sistema concentrado sobre o difuso.²⁶⁷

²⁶¹ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 186.

²⁶² MARINONI, 2016, p. 149-150.

²⁶³ Ibid., p. 150.

²⁶⁴ SOUZA, 2008, p. 287.

²⁶⁵ MARINONI, op. cit., p. 150.

²⁶⁶ Ibid., p. 150-151.

²⁶⁷ SOUZA, op. cit., p. 290.

O problema aqui não é exatamente a subordinação entre os juízes inferiores e as Cortes Supremas – até mesmo, pela própria Corte estar vinculada ao precedente –, mas sim que o Poder Judiciário como um todo respeite decisões e entendimentos que versem sobre determinado assunto.²⁶⁸

Por fim, é importante destacar que, ao adotar tal teoria, não se tem como objetivo fazer com que o direito não possa ser analisado por outra perspectiva quando já superados pelo tempo, espaço ou transformação da sociedade. A aplicação do precedente busca acabar com a “sorte dos litigantes”, ou seja, que anteriormente dependiam da distribuição do feito e da composição do órgão judiciário julgador da demanda.²⁶⁹

²⁶⁸ MARINONI, 2016, p. 152.

²⁶⁹ SOUZA, 2008, p. 293.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar das tradições *common law* e *civil law*, foi possível perceber que elas são completamente distintas, desde os povos que influenciaram cada uma delas como também, decorrente dessa influência, a fonte normativa e o sistema de direito adotado.

A *common law* tem como base do direito a jurisprudência. Ocorre que, mesmo adotando a mesma tradição, a *common law* Inglesa e a *common law* Estadunidense tiveram dois desenvolvimentos distintos, ficando claro então que essa tradição é adaptável conforme as necessidades de cada sociedade.

O sistema da *civil law* é um sistema positivista, no qual a lei escrita é quem tem força perante o direito. Essa foi a tradição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas foi necessária uma adaptação, tendo em vista a crise de confiança que o Poder Judiciário vem passando ao longo dos anos.

A teoria dos precedentes (*stare decisis*) se desenvolveu em países de *common law*, que usam as decisões proferidas anteriormente para serem aplicadas em casos futuros, devendo ser levados em conta os fatos semelhantes em ambos os casos, e a partir dos fatos determinantes, a razão que levou o caso a ser decidido de tal maneira (*ratio decidendi*).

Essa teoria apresenta ferramentas para fazer com que o Judiciário cumpra seu papel, que é o de trazer a segurança jurídica e a estabilidade, sem comprometer o desenvolvimento da sociedade. No entanto, é possível, por meio dessas ferramentas adotadas e desde que devidamente fundamentado, afastar a aplicação de um precedente (*distinguishing*) ou então supera-los (*overruling*).

É importante lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro possui a aplicação de institutos afins à teoria do precedente, mas que não devem ser com ela confundidos, que são as decisões judiciais, as súmulas, o controle de constitucionalidade e a uniformização de jurisprudência.

As súmulas não se confundem com os precedentes por serem meros enunciados que facilitam o julgamento, sem qualquer fundamento das razões que fizeram com que decidissem o que está ali, ou ainda, por decorrerem de diversos julgamentos.

O controle de constitucionalidade, por sua vez, atua em um campo diferente, no campo da aplicação da norma, enquanto o precedente vai atuar no plano da interpretação.

A uniformização da jurisprudência, por outro lado, tem por objetivo levar a unicidade de entendimentos perante um mesmo tribunal.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, foi possível notar a introdução da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial quando analisados os artigos 927, 927 e 489, §1º, V e VI do Código de Processo Civil. Mas, mesmo com tal previsão legal, o instituto não ficou muito claro, ou seja, é necessário tomar cuidado ao interpretar e aplicar os dispositivos citados.

Contudo, a adoção desse instituto veio para solucionar problemas enfrentados por nosso Poder Judiciário, sendo eles a falta de segurança jurídica por conta da instabilidade de decisões para casos iguais, de onde decorre a falta de isonomia nas decisões, fatores fortemente ligados ao descrédito que atualmente o cidadão comum nutre pela Justiça Brasileira.

Como abordado, esse novo instituto trouxe tanto críticas quanto esperança de melhorias para o nosso sistema jurídico. Mas é preciso, ao tratar sobre isso, ponderar tudo aquilo que tal teoria veio a melhorar na aplicação do direito e o que compromete sua aplicação.

É nítido que o ordenamento jurídico precisava de uma transformação, era necessário trazer segurança jurídica para as relações, aperfeiçoar o que se tentou fazer ao longo dos anos com outros diversos meios e instrumentos.

O uso dos precedentes veio para dar segurança aos jurisdicionados, pois a sua correta aplicação pelos magistrados terá como consequência afastar qualquer fator de mera sorte no resultado final da demanda, afastando a possibilidade de que ao se propor uma ação, a sorte do autor esteja pautada na distribuição desse feito, que a depender do entendimento de um juiz sobre esse ou aquele tema, teria como resultado final decisões distintas para casos iguais. Busca-se, portanto, garantir a isonomia entre os jurisdicionados.

Em contrapartida, o precedente interferiria na independência e convencimento do juiz, o qual estaria obrigado à aplicação dos precedentes independente de seu convencimento para o caso concreto. Mas como ficou demonstrado, essa consequência é apenas aparente, na medida em que é possível perceber, no momento em que se analisa tais críticas, que o juiz possui ferramentas para que, se

entender necessário, afaste a aplicação de um precedente por achar que ele não se enquadra no caso concreto que está decidindo, sendo necessária uma fundamentação plausível do porquê está convencido no caso em concreto das razões da não aplicação de um determinado precedente.

Por fim, é necessário que o magistrado busque um sistema que traga essa segurança para os jurisdicionados e que ele esteja limitado, de certa forma, pela aplicação dos precedentes. Mas essa limitação nada mais é do que as limitações que já lhe são impostas pela letra da lei.

Ainda aos que defendem a flagrante ofensa ao livre convencimento do juiz com a aplicação da teoria dos precedentes, deixo um questionamento sobre aquilo que realmente importa ao jurisdicionado, o sujeito de toda a relação até aqui discutida. Seria mais importante a ele a supremacia do convencimento do juiz, seja qual for o resultado do convencimento do julgador, ou a certeza de que as decisões emanadas do Poder Judiciário estarão sempre pautadas na igualdade de tratamento deferido a todos aqueles que se submetem à tutela do Poder Judiciário, qual seja, que a todos se garantam decisões iguais para casos iguais.

REFERÊNCIAS

AKANMIDU, Raphael A. *The morality of precedente in law*. v.4. n.2. Ratio Juris. 2001.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Afonso Ruiz. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

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

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMINKERS, Evan H. *Why must inferior courts obey superior court precedents?* **Stanfor Law Review**, Standford, v. 46, n. 4, abr. 1994.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Essays in jurisprudence and the common law. Cambridge: University Press, 1931.

GOODHART, Arthur L. **Three cases on possession**. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928.

GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano: Giuffrè, 2004.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves Henriques. Precedentes Judiciais: em busca a uma pitada de estabilidade. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Direito jurisprudencial**. v. II. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

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

LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MARINONI, Luiz Guilherme [Coord.]. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPODIVM. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme [Coord.]. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. **Interpreting precedentes: a comparative study**. Hants: Ashgate, 1997.

MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

SANTOS, ANDERSON Alves dos; PINHO, Rafael Leandro (Org.). **Súmulas do STF**. Supremo Tribunal Federal, 2017. p. 196. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2008.

STRACK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 78, p. 284-319, maio-jun. 2009.

TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad em la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

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

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Co.. 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.