

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Julia Piazer Scalcon

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Julia Piazer Scalcon

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. Cristiano Becker Isaía

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia de Graduação**

**O precedente judicial no novo Código de Processo Civil: uma
análise à luz do Estado Democrático de Direito**

elaborada por
Julia Piazer Scalcon

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Dr. Cristiano Becker Isaía
(Presidente/Orientador)

Dr.ª Valéria Ribas do Nascimento (UFSM)

Me. José Fernando Lutz Coelho (UFSM)

Santa Maria, 03 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

À Deus, à minha tia Adélia Piazer (in memoriam), à minha família, à Felipe Riva, aos meus poucos e bons amigos e ao meu professor orientador Cristiano Becker Isaía.

“O segredo da sabedoria, do poder e do conhecimento é a humildade”.

(Ernest Hemingway)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

AUTORA: JULIA PIAZER SCALCON

ORIENTADOR: CRISTIANO BECKER ISAÍÁ

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 03 de dezembro de 2015.

Em março deste ano de 2015 foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff o novo Código de Processo Civil (CPC), o primeiro código de processo elaborado sob a égide do Estado Democrático de Direito no Brasil. O Código de Processo Civil vigente é de 1975, e há tempos não corresponde aos anseios da sociedade e da jurisdição contemporânea, por consequência disso, em muitos de seus dispositivos acaba por violar alguns princípios constitucionais basilares do Estado Democrático Brasileiro e, diante deste contexto, um novo CPC fez-se urgente. Baseado no sistema jurídico da *common law*, o legislador brasileiro, ao elaborar o novo CPC, importou o instituto do precedente judicial. Esta inovação foi objeto de diversas críticas ao longo deste ano, e a partir disto, surgiu a ideia para a elaboração deste trabalho. Inicialmente são abordadas considerações históricas a respeito dos sistema da *common law*, da *civil law* e do precedente judicial, após há a explicação dos artigos do novo CPC que dizem respeito ao precedente, por fim, há uma análise doutrinária à luz de alguns princípios constitucionais. Os objetivos principais desta monografia são, buscar saber o porquê da inserção da teoria dos precedentes judiciais no novo CPC, explicar os artigos 926, 927 e 928, principais dispositivos do novo código que tratam do tema, fazer uma análise dos aspectos positivos e negativos da adoção desta teoria no direito brasileiro, relacionando aos princípios constitucionais da segurança jurídica, isonomia, celeridade e independência do juiz.

Palavras-Chaves: Precedente Judicial; Novo Código de Processo Civil; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

College Term Paper
Faculty of Law
Federal University of Santa Maria

THE JUDICIAL PRECEDENT IN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE RULE OF DEMOCRATIC STATE

**AUTHOR: JULIA PIAZER SCALCON
ADVISOR: CRISTIANO BECKER ISAÍA**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 3th, 2015.

In March 2015 the new Civil Procedure Code (CPC) was sanctioned by President Dilma Rousseff, it was the first elaborate under the aegis of the democratic rule of law in Brazil. The current Civil Procedure Code is from 1975, and a long time ago it not match the expectations of society and contemporary jurisdiction, therefore, in many of its provisions turns out to violate some basic constitutional principles of the Brazilian Democratic State and, before this context, a new CPC became urgent. Based on the legal system of common law, the Brazilian legislators drawing up the new CPC importing the judicial precedent institute. This legislator's innovation was the subject of some criticism this year, and from this came the idea for this study. The main objectives, which will develop along this monograph will be to seek to know why the insertion of the theory of judicial precedents in the new CPC, explain the articles 926, 927 and 928, major new code provisions addressing the issue , to analyze the positive and negative aspects of the adoption of this theory in Brazilian law relating to the constitutional principles of legal certainty, equality, speed and independence of the judge.

Key-Words: Judicial precedent; New Civil Procedure Code; Democratic State.

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS..... | 11 |
| 1.1 Breve histórico dos sistemas jurídicos da <i>common law</i> e da <i>civil law</i> | 11 |
| 1.2 Origem e fundamentos da teoria dos precedentes judiciais..... | 17 |
| 1.3 Aproximação entre os sistemas do <i>common law</i> e da <i>Civil law</i> e os reflexos na teoria do precedente judicial..... | 24 |
| 2 O PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 33 |
| 2.1 O gradual processo de padronização decisória no ordenamento jurídico brasileiro e a análise dos dispositivos referentes à teoria do precedente judicial no novo Código de Processo Civil..... | 33 |
| 2.2 Críticas e análises doutrinárias à inserção da teoria dos precedentes judiciais ao novo Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais..... | 43 |
| CONCLUSÃO..... | 59 |
| REFERÊNCIAS..... | 62 |

INTRODUÇÃO

Após mais de cinco anos de celeuma, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff, no dia 16 de março de 2015, a Lei 13.105, que estabelece o novo Código de Processo Civil (CPC). Este entrará em vigor em março de 2016, substituindo o atual CPC, que por ser de 1973, sem dúvida tem uma redação defasada, que há muito, não corresponde aos anseios da sociedade e da jurisdição contemporânea brasileira.

Partindo-se de uma perspectiva histórica, as últimas décadas representaram uma evolução social muito mais acelerada e significativa do que a que se teve nas décadas que antecederam o Código de Processo Civil de 1973. Desde o início da década de 70, o Brasil tem passado por momentos de crise e rupturas de regimes, avançando nos campos comunicacional, tecnológico, econômico e informacional. Porém, o mais importante progresso, que viveu sociedade brasileira foi o aumento da conscientização de seus direitos, principalmente pós Constituição Federal de 1988.

Diante dessa transformação da sociedade, da evolução e ampliação dos direitos e garantias dos cidadãos brasileiros, o Poder Judiciário tornou-se um instrumento para a efetivação das garantias consagradas pela Constituição, ou seja, houve um aumento progressivo da atuação do Judiciário na concretização dos direitos dos cidadãos, trazidos pela Carta Magna. O aumento na demanda processual demonstrou que o Código de Processo Civil (CPC) da década de 70 não tem condições de oferecer ao cidadão a agilidade processual exigida de forma a efetivar a garantia constitucional da razoável duração do processo, e da efetividade da prestação jurisdicional, uma das razões pelas quais um novo CPC se tornou indispensável e urgente.

Neste contexto, nasceu a importância de se estudar a teoria dos precedentes judiciais e suas implicações no direito brasileiro, já que, a inserção deste instituto no novo CPC tornou-se uma das questões geradoras dos maiores debates entre juristas e doutrinadores do país. Porém, diante da complexidade e amplitude do tema proposto, fez-se necessário delimitar quais os objetivos principais a serem desenvolvidos neste trabalho. Neste sentido, os objetivos serão, identificar o porquê da inserção da teoria dos precedentes judiciais no novo CPC, explicar os artigos 926, 927 e 928, principais dispositivos do novo código que tratam do tema, fazer uma

análise dos aspectos positivos e negativos da adoção desta teoria no direito brasileiro, relacionando aos princípios constitucionais da segurança jurídica, isonomia, celeridade e independência do juiz.

Para que seja possível chegar ao resultado almejado, o primeiro capítulo do trabalho, indispensável à sua construção, terá foco no histórico, uma vez que, esta primeira parte tem como intuito formar as bases para as considerações do segundo capítulo, momento em que tratar-se-á diretamente da doutrina dos precedentes judiciais no Brasil. Então, inicialmente, far-se-á um breve relato histórico das famílias da *common law*, da qual adveio a teoria dos precedentes, e da *civil law*, que é a família adotada pelo direito brasileiro e na qual o precedente está inserido diretamente através do novo CPC. Estas considerações são, quase que em sua totalidade relacionadas à teoria do precedente judicial.

Após o breve relato histórico, a teoria dos precedentes será abordada de forma mais detalhada, de modo que alguns de seus principais fundamentos serão explicados minuciosamente, bem como a sua origem. Destaca-se que, os fundamentos da teoria dos precedentes judiciais são indispensáveis ao seu entendimento e consequente aplicação dentro de um ordenamento jurídico. Obviamente que estes fundamentos não serão inseridos no direito brasileiro da mesma forma como são nos países que lhes deram origem, para tanto deverá ser feita, com a ajuda dos doutrinadores, uma adaptação destes fundamentos à realidade jurídica brasileira, para que não seja desastrosa a sua aplicação no direito pátrio.

Ao final do primeiro capítulo, quando já estarão estabelecidos quais são os fundamentos da teoria dos precedentes, traçar-se-á um percurso histórico de convergência entre as duas famílias de direito ocidental, de onde adveio a teoria dos precedentes, *common law*, e àquela onde está sendo inserido, *civil law*. Nesta parte do trabalho demonstrar-se-á que sempre houveram recíprocas influências entre ambos os sistemas, mas que fatores como a globalização vem acentuando este processo. Ainda, no que tange gradual aproximação entre os sistemas, trar-se-á alguns apontamentos críticos de doutrinadores a respeito deste fenômeno.

No segundo capítulo e último deste trabalho será exclusivamente tratada a questão da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro, mais especificamente no Direito Processual Civil. Inicialmente, será feita uma breve abordagem histórica da inserção deste instituto no direito pátrio, para em seguida adentrar-se nos principais dispositivos do novo Código de Processo que tratam do precedente judicial. Nesta

parte, além dos dispositivos, serão trazidas algumas posições doutrinárias a respeito de cada artigo e por fim será feita uma relação dos dispositivos com os fundamentos da teoria dos precedentes abordados no primeiro capítulo.

A parte final do segundo capítulo tratará das divergências doutrinárias a respeito do tema. As posições dos doutrinadores serão constantemente trazidas sob o aspecto constitucional, ou seja, serão relacionadas aos principais princípios constitucionais atinentes ao tema, como o da segurança jurídica, isonomia no tratamento dos jurisdicionados, celeridade processual, independência do juiz, dentre outros. Por esta razão esta última parte pode revelar-se a de maior importância, uma vez que, cuidará dos reflexos constitucionais atinentes à inserção da teoria dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro.

Com efeito, analisar-se-á nesta última parte, se houve, nestes dispositivos do novo Código de Processo Civil a preocupação do legislador, não apenas com a celeridade processual, mas principalmente com o conteúdo das decisões proferidas, de forma a garantir a integridade e a coerência necessárias à assegurar uma condição de igualdade aos jurisdicionados, em respeito primeiramente à Constituição, já que ela é o limite do legislador infraconstitucional no momento da construção da norma processual. Ou seja, o objetivo central será o de verificar, ao final deste trabalho, se a mudança de paradigma adotada pelo legislador no novo CPC, foi feita no intuito de apenas acelerar a resposta jurisdicional, ou se, ao contrário, ela está de acordo com os princípios e garantias processuais-constitucionais e será, desta forma, benéfica ao Estado Democrático de Direito.

1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Nesta primeira parte do trabalho far-se-á uma abordagem histórica e analítica dos aspectos gerais atinentes ao fenômeno da jurisprudencialização, mais especificamente no que tange ao precedente judicial, seu histórico, inserção e influência na tradição jurídica da *civil law* e conseqüentemente no direito brasileiro. Para conhecer o instituto do precedente, deve-se antes estudar sua história, e por isto, esta primeira parte do trabalho é fundamental. Para tanto, inicialmente demonstrar-se-á a evolução histórica dos sistemas da *common law*, do qual advém o precedente judicial e a da *civil law*, adotado pelo Brasil, e algumas características relevantes a respeito destas tradições jurídicas, suas semelhanças e diferenças.

Também, fez-se necessário a explicação de alguns fundamentos específicos utilizados na teoria dos precedentes judiciais, portanto, em um subtítulo próprio desenvolveu-se um histórico dos precedentes, com a explicação dos fundamentos mais importantes, sua forma de funcionamento e aplicação. E, finalmente, ao final deste primeiro capítulo será abordado a respeito dos pontos de convergência entre as tradições jurídicas ocidentais da *common law* e da *civil law*, demonstrando-se uma gradual influência e aproximação entre ambas. Destaca-se que este é fenômeno responsável pela elaboração do tema principal deste trabalho, ou seja, a importação de um instituto do direito inglês para o direito brasileiro e suas implicações diante de um Estado Democrático de Direito.

1.1 Breve histórico dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*

Neste primeiro ponto objetiva-se demonstrar, a partir de dados históricos bibliográficos, de uma forma geral, como se deu o surgimento dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, suas influências e características mais marcantes. Também serão explicadas algumas diferenças e semelhanças necessárias para o entendimento do objeto central deste trabalho, qual seja, o precedente judicial na tradição jurídica ocidental da *civil law*.

A história do direito inglês costuma ser dividida em quatro períodos pelos doutrinadores, são eles, o período que precede a invasão normanda de 1066, o que inicia com a invasão normanda e se estende até o estabelecimento da dinastia dos Tudor em 1485, o terceiro, que vai de 1485 à 1832, onde houve uma ampliação da *common law* pela inserção das regras de equidade (*equity*) e, por fim, o quarto período iniciado em 1832 que perdura até os dias de hoje, marcado pela convivência da *common law* com a codificação¹. Antes do período da dominação normanda, segundo historiadores, as tribos britânicas possuíam leis e costumes variáveis, sendo praticamente impossível determinar quais eram os costumes predominantes. O que se tinha nesta época eram conceitos morais adotados por cada tribo, onde cada uma delas tinha seu tribunal ou um administrador local, porém, ainda não há que se falar em direito.

A invasão normanda em 1066, foi crucial para a consolidação do *common law*, pois houve a unificação da jurisdição nas mãos do poder real. Neste período é que foram construídas as teorias e doutrinas que compõe as regras e fundamentos mais importantes do *common law*, inclusive, as bases para a teoria dos precedentes judiciais, objeto deste trabalho. Diferentemente do que se tinha no período anterior, onde havia uma diversidade de costumes locais, a Inglaterra passou a ter um direito unificado. Nesta época, os Tribunais Reais de Justiça, ou Tribunais de *Westminster* detinham a competência da jurisdição comum.

O sistema inglês desta época era extremamente formal, e em razão disso, dificultava o acesso à justiça deixando alguns casos sem resolução. Desta forma, as pessoas que não obtinham o acesso à justiça, ou tiveram uma decisão insatisfatória, iam à procura do Rei, para que ele solucionasse o conflito não resolvido pelos Tribunais, ou para promover um recurso mediante uma decisão insatisfatória. Esses pedidos ao rei, passavam inicialmente pelo Chanceler, que avaliava a possibilidade de provimento, explica o doutrinador Lênio Streck, “A *equity* caracteriza-se por ser um recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler (...) encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão”.²

¹ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 20.

² *Ibid.*, p. 22.

A *equity law* desenvolveu a teoria do caso particular, à semelhança do que se fazia no direito romano, quando se extraía uma regra do caso concreto, para aplica-la à casos análogos. Ressalta-se, para tanto, que a *equity* e o *common law* foram jurisdições diferentes que coexistiram dentro de um mesmo ordenamento, sendo a sua principal diferença o fato de que os tribunais da *common law* rechaçavam a ideia de um juízo que concedesse apenas poder discricionário ao magistrado. Ao contrário, na *equity*, eram admitidos julgados baseados unicamente na consciência do julgador.³ Observa-se claramente que, em cada momento histórico do sistema da *common law*, há uma constante, que é a valorização do caso concreto e sua repetição sempre que necessário, ou seja, a preocupação com a igualdade e segurança jurídica sempre esteve presente, mesmo que em fases diversas dentro do sistema da *common law*.

Esta coexistência perdurou até 1873, quando surgiu a *Judicature Act*, ou primeira Lei de Organização Judiciária, que fundiu o sistema do *common law* com a *equity*, caracterizando o quarto e último período do *common law*. Houve, então a supressão das Cortes do Chanceler, e a unificação dos dois sistemas de direito, que ficaram sob a competência das cortes comuns.⁴ Neste pedaço da história da *common law* é que deu-se seu desenvolvimento mais significativo, porque, de acordo com Lênio Streck, constituiu-se “(...)a ponte entre o antigo direito processual e o novo sistema jurídico(...)”.⁵

Já a tradição romano-germânica nasceu entre os séculos XII e XIII no período do Renascimento europeu, momento de reorganização das cidades e do comércio, e onde intensificou-se a ideia de que somente através do direito seria possível o progresso, porque só ele poderia garantir a segurança e a ordem. Neste momento, também houve o afastamento do direito da religião, característica importante e que perdura até a atualidade.⁶ Neste contexto da renascença, ganhou destaque nas universidades o estudo do direito romano tardio, pós-clássico, iniciando em Bolonha, na Itália e se espalhando pelo continente europeu ocidental. Importa destacar, para uma abordagem histórica mais completa, que ambas os sistemas aqui tratados

³ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto alegre: Livraria do advogado, 2013, p.22

⁴ GALIO, Morgana Henika. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>> Acesso em: 23 set 2015.

⁵ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. *Op. cit.*, p.23.

⁶ GALIO, Morgana Henika. *Op. cit.*

sofreram a influência do direito romano, embora de fases diferentes, como descreve Ovídio Baptista,

É indispensável ter em conta que tanto o sistema jurídico da Europa continental quanto a **common law** são, de certa forma, descendentes do direito romano e, não obstante, apenas o primeiro conservou a estrutura elementar do procedimento da **actio**, diretamente ligados aos juízos privados, enquanto o direito inglês preservou a porção mais nobre da função judicial romana, reservada apenas ao pretor.⁷

O sistema jurídico inglês e depois o norte americano sofreram a influência do período clássico do império romano, que estende-se do século II a.C. até o fim do século III d.C. Nesta época, atuavam os pretores e jurisconsultos, e sua atividade jurídica valorizava o caso prático, e decisões anteriores serviam como base para casos posteriores, ou seja, “(...) o elemento prático (caso concreto em si mesmo) que para eles estava por detrás de todo e qualquer julgado.”⁸ Sem dúvida, havia nesta atividade um maior respeito à igualdade, na medida em que havia o respeito àquele caso julgado anteriormente numa situação análoga, e como consequência disso, maior integridade e coerência da jurisdição romana neste determinado período.

A partir disso, entende-se o porquê de o sistema do direito inglês ser voltado ao sistema de respeito ao caso concreto e aos precedentes, desde os primórdios, como mencionado anteriormente, houve a valorização dos costumes locais, evoluindo para a unificação desses direitos onde designou-se um direito comum para todo o território. Já o sistema da Europa continental teve como base o direito romano justiniano da época tardia. Com a invasão dos povos bárbaros no século V, o poder em Roma se descentralizou e a jurisdição romana foi aos poucos dando lugar as jurisdições dos povos invasores, a lei era então aplicada de acordo com a etnia de cada um. O direito romano somente ressurgiu na Itália no século XI, e após na França, Espanha, Alemanha, e na Inglaterra, embora tenha sido de forma menos intensa.

O trabalho de reconstrução do direito romano iniciou em Bolonha, com os glosadores, eles estudaram e compilaram as obras de Justiniano, o *Digesto* e as *Institutas*, ambos constituem o *corpus iuris civilis*. Acreditava-se que os textos de Justiniano eram dotados de plena razão e coerência, sem preocupar-se com o contexto histórico e cultural em que as leis foram escritas, o trabalho dos glosadores

⁷ ISAIA, Cristiano. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 75.

⁸ *Ibid.*, p. 47.

resumiu-se a análise dos textos e do sentido das normas. E foi este trabalho que definiu a estrutura jurídica do continente europeu.⁹

Este breve relato dos fatos históricos explica por que a atividade jurisdicional dos países que adotaram o sistema da *civil law* está atrelada a legislação, por que pensa-se que a norma é dotada de um sentido que deve ser revelado pelo intérprete, e que a certeza do direito somente advém do conteúdo das normas. Entretanto, os fatos históricos da França do século XIX, relacionados aos privilégios do clero e da nobreza e abusos de poder inclusive dos magistrados, resultaram na Revolução Francesa, evento histórico que consolidou o modelo jurídico da *civil law*. A limitação dos juízes à aplicação literal do texto da lei é a característica mais marcante, visto que, antes disso, a atuação jurisdicional era discricionária e desigual, em outros termos, explica o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni,

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.¹⁰

A lei, portanto, tornou-se a satisfação da vontade do povo na época, onde não se era permitido nem mesmo interpretá-la, o juiz deveria apenas ser “boca da lei”. No Brasil, que adota o sistema jurídico da *civil law*, este caráter de centralização da lei está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 em seu artigo 5º, inciso II, “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹¹

Com a consolidação do tribunal inglês de Londres e com o fortalecimento do Parlamento de Paris, foi que houve uma expressiva diferenciação entre os sistemas. O direito processual inglês baseava-se na oralidade e o francês no procedimento escrito, o direito material francês é codificado, em razão da influência romana mais acentuada, já o inglês é mais voltado à praticidade, às particularidades do caso

⁹ ISAIA, Cristiano. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 77-81.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 46, jun. 2009.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 set. 2015.

concreto. Ressalta-se, para tanto, que é incorreto pensar que não há um direito codificado na *common law*, ele existe, mesmo que como fonte secundária.¹² Portanto, enquanto que no direito inglês e americano a lei é tida como fonte menos representativa, na *civil law* ela ganha lugar de destaque, em razão, como já observado, da influência romano canônica e de outros fatores históricos.

Outra diferença, que está ligada com a apontada anteriormente, é no que diz respeito a metodologia de ensino jurídico, enquanto que nos países da *common law*, estuda-se principalmente os casos práticos paradigmáticos, nos países da *civil law* o ensino é quase totalmente voltado aos códigos. Ainda, o doutrinador Francisco Rosito aponta mais algumas características do sistema da *common law*, que o particularizam diante do sistema do *civil law*, veja-se,

A presença de um Judiciário compacto, composto de um número mais reduzido de juízes, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; a diversa formação profissional dos juízes; a possibilidade de as cortes supremas selecionarem os casos a serem decididos, o que representa um volume muito inferior de trabalho.¹³

Ressalta-se, por fim, que a lógica judiciária de ambos os sistemas não é a mesma, justamente em razão de que as fontes preponderantes em cada sistema, como já observado, não são as mesmas. No sistema do *common law*, utiliza-se o método indutivo, ou seja, a regra é extraída de um caso individual e depois é aplicada à casos futuros. Desta forma, constitui-se o direito a partir processo. Inverte-se a lógica no sistema do *civil law*, onde utiliza-se o método dedutivo, a partir da regra geral (lei) extrai-se, para o caso concreto, uma regra particular.¹⁴

Existem, entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, obviamente, inúmeras outras diferenças, características e semelhanças interessantes, porém não pretendeu-se exauri-las aqui, já que isto demandaria um trabalho próprio, tamanha é a amplitude destes sistemas e das possibilidades de desenvolvê-los. Ademais, as considerações históricas não compreendem o objetivo central deste trabalho, mas são necessárias apenas à contextualização e compreensão do sistema dos precedentes judiciais.

¹² ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

¹³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 76

¹⁴ *Ibid.*, p. 76

1.2 Origem e fundamentos da teoria dos precedentes judiciais

A experiência do sistema do *common law* na análise do precedente é indispensável, uma vez que, a partir desse sistema que desenvolveu-se a teoria dos precedentes, com seus conceitos, termos e fundamentos. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, os precedentes foram essenciais para a evolução do sistema da *common law* onde no curso do seu desenvolvimento surgiu o *stare decisis* para dar segurança às relações jurídicas.¹⁵

Em 1557 utilizou-se pela primeira vez o termo precedente. Sua doutrina está ligada a evolução histórica do sistema da *common law*. De acordo com Lênio Streck, “A doutrina dos precedentes estruturou no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época.”¹⁶ Para o jurista da época Matthew Hale, tal qual os princípios das ciências naturais, os princípios legais dependem da repetição para serem válidos perante os membros de uma comunidade, e essa concepção tornou-se uma teoria do direito. Para ele e para outros juristas que influenciaram na construção de tal teoria, o precedente judicial deveria, junto com a equidade e a legislação, ser fonte imediata do direito. Além do caráter legal, moral e político, o direito é um reflexo histórico da tradição do povo ao qual pertence, devendo preservar a tradição deste povo.¹⁷

Cabe destacar que, como já observado, o direito inglês, desde os primórdios teve um forte caráter consuetudinário. Sempre foi constituído a partir de regras advindas do cotidiano da sociedade inglesa, e neste sistema, os efeitos das decisões extrapolam o caso concreto, de modo a regular decisões futuras. A partir disso formou-se o sistema de precedentes, justamente desta prática consolidada de valorização do caso concreto. Porém, o precedente somente tornou-se obrigatório séculos depois, com a instituição da doutrina do *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*) que significa, nas palavras do doutrinador Lênio Streck, “Continuar com as coisas decididas e não mover as ‘coisas quietas’”.¹⁸

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n.49, 2009, p.18.

¹⁶ ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38

¹⁷ *Ibid.*, p. 38-39

¹⁸ *Ibid.*, p.30

O mesmo doutrinador explica que, o *stare decisis* não pode ser confundido com a doutrina de precedentes, que é anterior. A doutrina do *stare decisis* só veio mais tarde, no século XIX, quando determinados precedentes das cortes superiores passaram a ser obrigatórios quando da sua aplicação em casos análogos, em outras palavras, significa a vinculação obrigatória dos precedentes judiciais. Em 1898, com o caso *London Tramways Co. contra London Country Council*, é que estabeleceu-se esse status vinculante dos precedentes. Este julgado foi fundamental para consolidar o entendimento de que as decisões da Câmara do Lordes vinculavam as suas próprias decisões futuras e as dos demais tribunais.¹⁹

Acredita-se que, uma das razões determinantes para a instituição do *stare decisis* na doutrina de precedentes foi evitar a discricionariedade na atuação judicial, de forma a garantir a segurança jurídica, equidade e estabilidade do direito. Nas palavras do doutrinador Francisco Rosito “A doutrina do *stare decisis* objetivou que o *case law* adquirisse status de ciência, capaz de prever os resultados das controvérsias judiciais, conferindo aos jurisdicionados certeza, uniformidade e segurança dos direitos”.²⁰ A partir daí, para que seja possível a compreensão do trabalho como um todo, torna-se necessário a explicação de alguns conceitos fundamentais da doutrina dos precedentes, e até mesmo o que é o precedente de acordo com doutrinadores estudiosos do sistema da *common law* e do direito comparado.

De uma forma simples o doutrinador Ravi Peixoto explica que, o precedente é a “(...) decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior.”²¹ Para MacCormick e Summers “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental d razão prática humana”.²² Nos países da *common law*, ele só é aplicado após uma exaustiva comparação entre casos, há uma relação e análise do presente com o passado de modo com que se perceba o que há de útil no caso anterior para aplicar ao atual.

¹⁹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

²⁰ *Ibid.*, p.85

²¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 157.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 333

Ainda, explica o doutrinador Humberto Theodoro Júnior que, “(...) uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de precedentes”.²³ Para tanto, destaca que a aplicação do precedente não se dá de uma forma automática, pelo contrário, exige dos juízes que os interpretem dando novos sentidos ao texto de modo a adaptá-lo de acordo com as circunstâncias do novo caso. Afirma ainda, o referido doutrinador, que o precedente não é dotado de uma completude e unicidade, mas que, “É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo judiciário (...)”.²⁴ De modo a completar o raciocínio, acrescenta,

Se de um lado é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignoram o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subseqüentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.²⁵

O *distinguishing*, é um dos conceitos fundamentais necessários a compreensão da teoria dos precedentes, uma vez que, trata-se de uma técnica ou método de aplicação de precedentes. Significa que, quando o caso a ser decidido demonstra alguma particularidade, o afastamento do precedente é possível em razão desta peculiaridade, ou seja, o caso a ser julgado pode ou não se subordinar ao precedente, dependendo de suas características e especificidades, que serão observadas pelo juiz quando do estudo e análise deste caso. É um método criado pela *common law* para afastar o uso do precedente em determinado caso, quando indevido.

Este método de confronto e diferenciação entre as decisões permite que sejam rechaçados, no momento do julgamento do caso concreto atual, aqueles precedentes com identidades fáticas ou jurídicas diferentes, é a partir das semelhanças e diferenças entre os casos, que o juiz aplicará ou não o precedente, razão pela qual o *distinguishing*, juntamente com o *overruling*, são as principais técnicas de aplicação dos precedentes, uma vez que flexibilizam o sistema, possibilitando uma resposta

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 346

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 347.

²⁵ *Ibid.*, p. 347.

jurisdicional mais justa. O renomado processualista Fredie Didier muito bem define o que é esta técnica do *distinguishing*,

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.²⁶

O *overruling* é outra técnica de aplicação do precedente, criada pela *common law*, que é, nas palavras do doutrinador Ravi Peixoto, “(...) superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento; técnica que é essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir”²⁷. Observe-se que, o precedente não é eterno, obviamente precisa se manter estável por um determinado período, para que garanta a segurança jurídica necessária à um sistema coeso e uniforme, porém, não poderia ser engessado dentro de um ordenamento jurídico, sob pena de se tornar inaplicável e injusto, tendo em vista a evolução da sociedade, que exige cada vez mais do direito respostas adequadas e atuais.

Esta técnica de superação acontece de duas formas, horizontal, quando o órgão que originou o precedente o revoga, e vertical, quando um tribunal superior revoga precedente de um órgão inferior hierarquicamente. Ressalta-se, para tanto, que, apenas uma corte superior hierarquicamente tem poder para alterar um precedente, ou seja, “(...)os tribunais inferiores não podem superar precedentes das Cortes superiores(...)”²⁸, portanto mesmo que um determinado juízo incompetente para alterar o precedente não o adote, não terá poder para modificá-lo.

A perda de congruência social e o surgimento de inconsistências sistêmicas são os fatores básicos que ensejam a renovação do precedente. A partir do momento em que o precedente nega preceitos como a moral, a política e as experiências, há a perda da congruência social. As inconsistências sistêmicas advêm da perda de coerência de determinado precedente com as demais decisões da ordem jurídica.

²⁶ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie;; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, p. 43.

²⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodvdm. 2015, p. 197.

²⁸ *Ibid.*, p. 198.

Observa-se que, não há como revogar um precedente sem fazer-se uma justificativa com uma argumentação séria, que de fato explicita o porquê da necessidade de tal ato, não bastando apenas proferir nova decisão que contrarie a anterior, uma vez que isso feriria a estabilidade, a segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado no poder judiciário.

Outros conceitos importantes são o da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ambos compõem o precedente judicial, sendo que o primeiro representa a tese ou princípio jurídico que embasou a motivação da decisão, e o segundo são as circunstâncias fáticas trazidas pelo caso concreto. De acordo com doutrinador Lênio Streck, cada precedente terá uma *ratio decidendi*, nas suas palavras, a *ratio decidendi* é “(...) o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é regra jurídica utilizada pelo judiciário para justificar a decisão do caso”²⁹, ou seja, são os critérios jurídicos utilizados pelo julgador que sustentam a sua decisão. Importa destacar que, é este elemento que compõe o precedente que tem poder vinculativo ou persuasivo, e não todo o precedente.

Trata-se, a *ratio decidendi*, de uma norma geral construída a partir de um raciocínio indutivo advindo de um caso concreto, tal como os princípios gerais, ela é geral porque tem capacidade para extrapolar este caso concreto e servir de base para a decisão de outras situações que à ela se assemelham, como assevera o doutrinador Fredie Didier, “Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada”³⁰, ainda, de modo a complementar a definição, traz-se as palavras de José Rogério Tucci,

“Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva”.³¹

Já que, a razão de ser do precedente é servir de base decisória para decisões futuras, e a *ratio decidendi* é a fundamentação jurídica que garante isto, a decisão obrigatoriamente deve ser apta a universalizar-se, caso contrário, será apenas uma

²⁹ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

³⁰ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. p. 13 disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acesso em: 18 out, 2015.

³¹ *Ibid.*, p. 12-13.

decisão, sem o status de precedente. Além do mais, esta *ratio decidendi* deve ser elaborada em plena consonância com os preceitos constitucionais, sendo devidamente motivada, condição de possibilidade para tornar-se paradigma à outros casos análogos.

Ressalta-se, por fim, que a *ratio decidendi*, por ser considerada uma regra jurídica, não pode ser aplicada como uma norma geral e abstrata tal qual a que advém do texto da lei, por óbvio, ela tem origem completamente diferente e é errado pensar no precedente e sua *ratio decidendi* como se norma legal fosse. Esta norma jurídica extraída do precedente de maneira alguma pode ser considerada isolada dos fatos que lhe deram causa, pois sendo o precedente uma norma que necessita de argumentação, os fatos que a originaram servem de instrumentos no trabalho desenvolvido pelo intérprete, que a partir deles, limitará ou expandirá a aplicação do mesmo.³²

Existem precedentes vinculativos e os simplesmente persuasivos, como já mencionado anteriormente, a *ratio decidendi* é aquela parte da decisão com capacidade vinculativa, a parte meramente persuasiva constitui o *obiter dictum* (ou *obter dicta*, no plural). Distinguir estas partes, que constituem a decisão com status de precedente, é fundamental para um país que pretenda utilizar-se da teoria dos precedentes com força vinculativa, como o Brasil com o novo Código de Processo Civil, uma vez que, o julgador precisa saber que não é todo o conteúdo decisório que tem esta capacidade, mas pelo contrário, que nesta decisão, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* coexistem, e que apenas um deles terá eficácia vinculante, que é a *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* corresponde a interpretações, argumentações, ou pedaços da argumentação ou motivação jurídica utilizadas expressamente na decisão, mas são elementos que não tem influência substancial na decisão final e que portanto, não possuem força vinculativa.³³ A doutrina salienta que existe uma grande dificuldade para definir-se o que é cada um destes aspectos da decisão e conseqüentemente para identifica-los. O doutrinador Lênio Streck explica que, “A *obiter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que

³² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodvm, 2015, p.177-178.

³³ ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44-45.

não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão”³⁴, no entanto, o doutrinador Fredie Didier traz um exemplo de forma a demonstrar, na prática, o que é a *obiter dicta*,

Frederick Schauer traz ainda uma situação interessante. Lembra o autor que, no conhecido caso *Marbury x. Madison* o *Chief Justice John Marshall* considerou que um dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional, mas também seguiu dizendo que a Suprema Corte tinha o poder de exercer a jurisdição sobre o Presidente dos Estados Unidos, conclusão acessória e totalmente desnecessária, que enfureceu o Presidente Thomas Jefferson. (...) também se enquadram como *obiter dicta* aquelas manifestações sobre questão que não é objeto de causa, que é hipoteticamente ali considerada, ou, ainda, sobre questão irrelevante, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada.³⁵

Destaca-se, dos exemplos supracitados que, embora o voto vencido da decisão colegiada seja *obiter dicta*, não significa sua inutilidade, pelo contrário, pode servir de base para uma futura argumentação do tribunal, e até mesmo tornar-se base numa futura superação do precedente. Ainda, a partir destes exemplos trazidos pelo renomado doutrinador, percebe-se bem o que realmente é paradigma dentro de uma decisão e o que é argumentação incidental, é com este raciocínio que, nos Estados Unidos e na Inglaterra a decisão ganha força de precedente, e a partir desta lógica é que os juízes e tribunais no Brasil devem orientarem-se nos seus trabalhos.

Após exposição dos elementos mais importantes que compõe a doutrina dos precedentes judiciais, indispensáveis à compreensão do trabalho, passa-se a análise de como ele foi gradativamente sendo inserido no ordenamento jurídico Brasileiro, reflexo de uma aproximação histórica entre as famílias de direito ocidentais, da *common law* e da *civil law*, acentuada com o fenômeno da globalização, e com irrefreável tendência de uma maior convergência. Destaca-se que, o precedente judicial é apenas um elemento dentro do fenômeno da jurisprudencialização do direito brasileiro, dentre muitos outros, que não serão aqui demonstrados, tendo em vista não ser o foco deste trabalho.

³⁴ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.45.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 357.

1.3 Aproximação entre os sistemas do *common law* e da *Civil law* e os reflexos na teoria do precedente judicial

Este capítulo pretende demonstrar a aproximação entre as jurisdições do *civil law*, especialmente a brasileira, e do *common law*, onde serão abordados alguns fatos históricos importantes para a compreensão deste trabalho. De acordo com a explanação histórica feita no subtítulo anterior, já é sabido que as diferenças entre os dois sistemas remontam a idade média e são elas de ordem política, econômica e social. Os sistemas da *civil law* e da *common law*, surgiram em contextos políticos e culturais diferentes, o que, obviamente acarretou na formação de tradições jurídicas distintas, ambas com suas fontes, conceitos e institutos.

Dentre estas diferenças, a hierarquia das fontes do direito é a de maior relevância. Enquanto que, o precedente na *common law* exerce a função de fonte primária do direito, no sistema da família romano-germânica ele exerce papel secundário. Em decorrência disto, o sistema da *civil law* não abarca propriamente uma doutrina de precedentes como acontece no *common law*. Porém cabe destacar que, ambos os sistemas tem como fonte do direito a lei e a jurisprudência, embora em maior ou em menor medida em cada um deles, e que portanto, não é correto caracterizar a *common law* somente como um direito não codificado, e a *civil law* como um direito que se utiliza apenas da lei como fonte de direito.

O que ocorre é que, existe desde os primórdios uma troca de influências entre as duas tradições. É então errado pensar que essa aproximação entre os dois sistemas é algo recente, como bem lembra Lênio Streck, “(...)Nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas(...)”³⁶. O que de fato aconteceu, e que leva a este pensamento equivocado, foi a acentuação desta aproximação nos últimos anos, em razão da globalização, que aproximou diversas áreas do conhecimento, e o direito, indubitavelmente foi uma delas. Esta passagem do doutrinador mencionado demonstra exatamente o quão antiga é esta confluência,

O próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da Constituição Inglesa. Do mesmo modo, os práticos ingleses que trabalhavam perante o tribunal do equity, eclesiásticos e o

³⁶ ABBoud, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

tribunal de almirantazgo, formaram uma corporação (doctor's commons), que funcionou do final do século XV até a primeira metade do século XIX. Esses práticos eram denominados de civilians, em oposição aos common lawyers, que trabalhavam perante os tribunais do common law propriamente dito. Os civilians ingleses conheciam profundamente o direito continental, juntamente com os juristas escoceses, foram os mediadores entre ele e o direito inglês.³⁷

Corroborando esta ilustração, René David ressalta,

Países de direito romano-germânico e países de common law tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser reconhecida nos países de common law como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.³⁸

Desta forma, demonstra-se que, existe entre as famílias uma influência recíproca que remonta as suas origens, ambas conheceram as mesmas fases da história, como o feudalismo, a formação dos estados, a revolução industrial, e a concepção de estado social, e não poderiam ser de todo tão discrepantes suas diferenças. Ademais, não deve-se esquecer o fato de que os dois sistemas decorrem da mesma tradição cultural, definida como ocidental e que sofreram a influência do direito romano-canônico, como já observado oportunamente no subtítulo anterior.

Com efeito, o fenômeno da globalização apenas acentuou o que já acontecia, uma “aproximação entre os direitos dos países”³⁹, que fez sentir seus efeitos primeiramente no Direito Internacional Público e Privado, depois na esfera judicial como um todo. Neste processo, “o Direito tende a desvincular-se do território e assume um valor universal e transnacional.”⁴⁰ Neste contexto, o que se percebe é uma troca de soluções jurídicas, tanto nos países do *civil law*, que passam a utilizar-se de uma doutrina de precedentes, como nos países da *common law*, com o aumento da utilização dos códigos. Destaca-se que, não trata-se apenas de uma mera

³⁷ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

³⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012 p.186.

³⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.145.

⁴⁰ ROSITO, Francisco. *Op. cit.*,p.188.

importação de institutos estrangeiros, mas sim de uma aprendizagem recíproca onde buscam-se soluções que adequem-se ao sistema que as está recebendo⁴¹, e se assim for, de fato esta aproximação constitui um avanço, porque as experiências positivas de um sistema, devem servir, com algumas restrições, para outro.

Como exemplo disto, traz-se a constatação de que atualmente os tribunais da *common law* não consideram-se inteiramente vinculados aos seus precedentes, da mesma forma que, aos juízos e tribunais do Brasil, impor-se-á uma teoria de respeito aos seus precedentes com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Desta forma pode-se dizer que, “nem o juiz anglo-saxão é tão vinculados aos precedentes, nem o juiz romano-germânico é tão livre deles na aplicação do direito”⁴². Existe de fato uma essa caminhada de convergência entre os sistemas que, teoricamente tem como objetivo a construção de uma jurisdição mais equilibrada, no sentido de dar aos jurisdicionados respostas mais equânimes e justas.

Ao analisar os dois sistemas aqui tratados percebe-se então, que existem entre eles pontos de convergência, dos quais, inicialmente destacam-se aqueles relativos a argumentação jurídica. As atribuições dos juízes em ambos as famílias não são de todo diferentes, pois tanto em um quanto em outro, os juízes tem o dever de resolver o conflito tendo por base o ordenamento jurídico vigente, ambos utilizam-se da criatividade para exercer a atividade jurisdicional, respeitando os limites à eles impostos, sendo num basicamente o precedente e no outro a lei, e por fim, admite-se em ambos os sistemas a superação do precedente, desde que justificada.

Ao mesmo tempo em que, no Brasil, que adota o sistema da *civil law*, está-se dando maior importância aos precedentes como fonte normativa, especialmente nos tribunais superiores, em razão da eficácia *erga omnes* de suas decisões, há uma progressiva constituição dos códigos nos países que adotam o *common law*, por exemplo, o *Uniform Commercial Code*, nos Estados Unidos, onde o Direito Processual Civil é disciplinado em códigos desde o século XIX, e o *Civil Procedure Rules* na Inglaterra de 1998, que também é um código de processo civil.⁴³

Há também exemplos institucionais de aproximação entre os dois sistemas. A criação do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 1952 sofreu relevante influência

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16ªed. Salvador: Juspodvm, 2014, v.1, p. 42.

⁴² ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 189.

⁴³ *Ibid.*, p. 189-190.

dos tribunais superiores franceses, sendo portanto sua criação inspirada na tradição jurídica europeia-continental. Ocorre que, desde a sua criação até a atualidade, há o fortalecimento da utilização do precedente, tanto no âmbito de suas próprias decisões, como também no âmbito das decisões dos juízes nacionais, que devem interpretar o Direito Comunitário em consonância com os precedentes editados pela Corte. Isto demonstra um aumento gradativo da influência da *common law* no direito continental europeu.

Ainda, como exemplo institucional de confluência entre os dois sistemas, é a *Internacional Court Of Justice* (Corte Internacional de Justiça), conhecida também como *World Court* ou Corte de Haia, que foi constituída em razão da criação da Organização das Nações Unidas em 1945 com o objetivo de desempenhar as funções que, originalmente eram desempenhadas pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, constituído pela Liga das Nações em 1922 e extinto em razão da ocupação da Alemanha nazista. Assim como o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Internacional de Justiça não adotou formalmente o sistema de precedentes, porém, enquanto suas decisões não forem suplantadas, têm status vinculante, porquanto não podem ser ignoradas, a menos que justifique-se as razões para isso.⁴⁴

No que concerne ao direito brasileiro a realidade desta aproximação é ainda mais intensa. Desde a formação da República, é que se adota no país o sistema americano de controle de constitucionalidade das normas. A Constituição de 1946 consolidou esse poder do Judiciário para revisar os atos de outros poderes. Este evento estabilizou o sistema de controle difuso e após, o de controle concentrado de constitucionalidade, reforçando a garantia aos direitos fundamentais de um Estado Constitucional de Direito.

Outro exemplo da influência americana no direito brasileiro foi a importação de alguns dos remédios constitucionais, como o habeas corpus e o mandado de segurança individual e coletivo. O habeas corpus foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do Código de Processo de 1832, somente integrando-se ao direito constitucional com o advento da Constituição de 1891. Já o mandado de segurança, foi incorporado pelo direito brasileiro através da Constituição de 1934. Estes remédios representam uma verdadeira vitória para o Estado Democrático

⁴⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 193.

brasileiro, já que são instrumentos de garantia dos indivíduos contra o abuso do poder.⁴⁵

Com a modernização do processo civil brasileiro, houve o aumento da inspiração no direito norte americano. O informalismo adotado para a resolução das causas de pequeno valor e de menor complexidade (atualmente disciplinadas pela lei 9.099/95), a admissão e difusão de tutela coletiva aos consumidores, ao meio ambiente através da ação civil pública e a ação coletiva, todos foram inspirados nas *class-actions* norte americana.⁴⁶

O Brasil está imerso neste contexto de influências recíprocas, e cada vez mais, por diversas razões o direito pátrio vê-se influenciado pelo sistema jurídico da *common law*. E neste contexto de troca de conhecimentos e institutos, os precedentes judiciais ocupam um lugar de destaque, principalmente após a edição do novo Código de Processo Civil. Decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, súmulas vinculantes, recursos perante os tribunais superiores, etc. são exemplos disso. Cabe destacar que, somente neste momento do trabalho, está-se a falar de precedentes com uma significação mais ampla, abarcando tanto as decisões dos tribunais com status de precedente (que contém o *stare decisis*) quanto aquelas com força de lei, como as jurisprudências. Neste sentido, afirma o doutrinador Luís Roberto Barroso:

Nos últimos anos tem se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva, para promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência.⁴⁷

Muito embora não haja, por parte do doutrinador, uma distinção entre jurisprudência e precedente, traz-se esta passagem apenas para ilustrar e confirmar que há de fato uma percepção generalizada de que o direito brasileiro está, cada vez mais, sofrendo a influência do direito norte americano e inglês.

Ainda assim, obviamente que, entre as duas famílias aqui tratadas existem significativas diferenças, tanto no que diz respeito ao direito material como no processual, na organização judicial e na prática judicial. Essas diferenças manter-se-

⁴⁵ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 194.

⁴⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 195.

⁴⁷ *Ibid.*, p.196.

ão com o passar do tempo, mesmo diante desta caminhada de convergência entre ambas, porque não dizem respeito apenas a parte jurídica, mas principalmente porque tem também um cunho estrutural, sociológico e histórico. Cada uma delas tem suas fontes, conceitos jurídicos, categorias e regras de direito que lhes são peculiares, cada uma desenvolveu sua cultura de aplicação dos direitos, uma voltada para a jurisprudência, outra para a norma. Com excelência, explica o doutrinador Júnior Souza:

A distinção dos sistemas de direito ocidental em duas grandes “famílias”, antes de ser jurídica, é sociológica: “No common law, direito é, antes de tudo, a normatividade espontânea da sociedade, que, transitando em direção ao Estado, pelos conflitos, chega ao crivo dos juízes, cristalizando-se em precedentes (direito genético); só secundariamente, o direito vem da lei (statute), ato legislativo consciente dos poderes estritamente políticos do Estado (direito operativo), dirigida aos juízes, que dela disporá, segundo seus critérios, como instrumento para solução de conflitos. Na família romano-germânica, direito é, em primeiro lugar, a obra racional de um legislador, seja o codificador do direito romano, seja, também, o poder legislativo, que se destina a orientar os comportamentos na sociedade (direito operativo), guardando ao juiz a posição de efetivador do direito, no caso de descumprimento; o papel da normatividade espontânea, bem assim o das decisões judiciais (o direito genético) é, pois, secundário”.⁴⁸

No que diz respeito ao tema central deste trabalho, qual seja, o precedente judicial, o uso dele por cada família também é distinto. Por mais que não seja alheio ao direito brasileiro, como já demonstrado, o precedente não é utilizado pelos juízes aqui, da mesma forma que o é nos Estados Unidos ou na Inglaterra, e nem poderia ser, lá eles gozam de uma força vinculante até então não experimentada aqui. Sobre o precedente no novo CPC tratar-se-á em capítulo próprio. Ainda há, além desta abordagem histórica, uma análise crítica desta aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* por parte dos profissionais do direito, que após a aprovação do novo CPC, obviamente acentuou-se.

Apesar das inúmeras divergências no que diz respeito ao uso do precedente como provimento jurisdicional no sistema jurídico brasileiro, a maioria dos doutrinadores convergem em um ponto, de que formou-se no Brasil um contexto de insegurança jurídica decorrente da oscilação da jurisprudência dos tribunais. A falta de coerência das decisões, tanto horizontal (dentro do próprio órgão que proferiu a decisão, coerência interna) como verticalmente (fora do órgão que prolatou a decisão,

⁴⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

coerência externa), gerou uma quebra da unidade do direito, e como consequência, uma falta de tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Esta insegurança advém dentre outras causas, do solipsismo ou ativismo judicial, fenômeno que coloca o juiz num papel de protagonista no processo. Diante disso, o legislador viu no uso do precedente do *common law* uma tentativa de manter a estabilidade das decisões proferidas, ou seja, a inserção do precedente no novo CPC nasceu, para alguns doutrinadores, como uma reação à este protagonismo judicial tão prejudicial a um Estado Constitucional Democrático de Direito. Neste sentido assevera Luiz Guilherme Marinoni: “Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem o poder criativo maior que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”⁴⁹, da mesma forma e complementando este raciocínio, Cristiano Becker Isaía, “(...)manter a produção jurídica na condição de refém de decisionismos interpretativos é atentar contra a própria autonomia do direito. Ao se admitirem tais práticas, o juiz torna-se legislador(...)”⁵⁰.

Ainda, relacionado a este fenômeno do juiz ativista, está a questão da obediência estrita à lei. A ideia, que remete à idade moderna, especialmente à Revolução Francesa, de que a norma é perfeita pois possui um sentido claro, óbvio e verdadeiro e é desprovida de obscuridades e antinomias, e que portanto o juiz deve se ater a pronunciar as palavras da lei, sem dúvida está ultrapassada. A atividade jurisdicional desenvolvida de lá para cá demonstrou isso, e constatou-se que a lei, diante da complexidade da sociedade, por si só, não está sendo capaz de gerar segurança jurídica, como explica o doutrinador Ravi Peixoto “O fenômeno jurídico é muito mais complexo do que a legislação, o direito positivo é muito mais do que os textos das leis. Torna-se mais difícil definir o que exatamente deve ser previsto.”⁵¹ A partir disso, o doutrinador vê no precedente uma saída para resolver o problema da insegurança jurídica que a supervalorização da norma, nos sistemas da *civil law* gerou.

Outra causa que levou a valorização do precedente no direito brasileiro é, de acordo com alguns doutrinadores, a crise institucional que o Brasil enfrenta. A falta de

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, 2009, n. p. 21.

⁵⁰ ISAÍIA, Cristiano. **Processo Civil e hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 167.

⁵¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 34.

políticas públicas para a concretização do direitos sociais por parte do poder Executivo, gera para o Judiciário, diante do direito ao acesso à justiça, consagrado pela Constituição de 1988 como direito fundamental, a obrigação de dar uma resposta aos jurisdicionados, quanto aos direitos e garantias consagrados pela Constituição de 88 e não implementados pelo Estado.

Este fenômeno, chamado de judicialização, gerou para o poder Judiciário uma excessiva carga de trabalho, exigindo uma produtividade numérica e agilidade procedimental extremada, o que levou o legislador a buscar uma saída para a resolução deste problema. Diante deste quadro, sabe-se que, num sistema de tripartição de poderes, há uma divisão de funções entre os mesmos, e que, quando há uma deficiência na realização de alguma das funções atinente a cada um, a tendência é a compensação por parte de outro. E é exatamente o que acontece no Brasil desde a Constituição da República Federativa de 1988, quando há a utilização do Judiciário como “compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes”⁵², como preleciona Alexandre Bahia, da mesma forma,

Ora, se a política é o lugar da discussão, mas esta não acontece, grupos minoritários, social ou economicamente, serão os mais prejudicados, pois são eles, mais do que quaisquer outros, que sentem a exigência de reivindicar direitos e criar novos direitos. Se não conseguem pelo parlamento, irão desembocar no judiciário suas demandas.⁵³

Além destes, outros problemas precisam ser enfrentados pelos profissionais do direito, já que, trata-se, o precedente judicial, de um instituto que foi importado para um sistema jurídico diferente daquele ao qual o mesmo advém. Sem dúvida, a aproximação dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* é benéfica, pelos diversos fatores aqui demonstrados e principalmente quando pensa-se que os valores da segurança jurídica, igualdade e justiça são universais e inspiram a aplicação do direito como um todo. Neste sentido assevera Luiz Guilherme Marinoni, “A segurança e previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas”⁵⁴.

⁵² BAHIA, Alexandre; DIRLE, Nunes; THEODORO JR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro- Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. Ano 35, n. 189, nov 2010, p. 293.

⁵³ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, 2009, p. 25.

A importância desta aproximação torna-se ainda maior na medida em que objetiva responder aos anseios da sociedade e a segurança jurídica, indispensáveis para a concretização um estado democrático de direito. Porém, ainda há um longo caminho a ser percorrido, pois como visto anteriormente, esta aproximação não é um fenômeno atual, pelo contrário, remonta ao surgimento dos sistemas ocidentais, e irá subsistir ao longo dos anos. O que, segundo as doutrinas críticas que alicerçaram este trabalho, deve ser pensado a partir deste novo Código de Processo é que, como o precedente não é um instituto originário do sistema do *civil law*, adotado pelo Brasil, ele deve ser submetido a uma minuciosa adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro e principalmente à Constituição, caso contrário gerará mais problemas do que soluções.⁵⁵

⁵⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação do precedente no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 27-29.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Neste segundo capítulo, a teoria do precedente judicial é analisada sob e ótica do direito brasileiro. Inicialmente, traz-se uma pequena contextualização histórica a respeito da inserção da teoria do precedente no direito brasileiro, em seguida, os artigos do novo CPC que tratam da teoria dos precedentes judiciais são explicados um a um, demonstrando-se sua relação com os conceitos do sistema da *common law* já abordados no capítulo anterior, como o do *stare decisis*, a *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, etc. Além disto, no decorrer das explicações a respeito dos artigos aqui tratados, algumas considerações doutrinárias foram inseridas, uma vez que, necessárias ao entendimento da norma processual.

Ainda, neste segundo capítulo, procurou-se demonstrar a crítica doutrinária a respeito do tema precedentes e o novo CPC, relacionando as diferentes posições aos princípios constitucionais relevantes ao tema e aos dispositivos do novo CPC tratados neste trabalho. Destaca-se que esta parte final do trabalho revela-se a mais importante, uma vez que, trata da teoria do precedente judicial sob uma ótica constitucional, e pretende responder ao questionamento de muitos juristas e doutrinadores a respeito de ser a inserção do precedente no processo civil brasileiro saudável ao Estado Democrático de Direito.

2.1 O gradual processo de padronização decisória no ordenamento jurídico brasileiro e a análise dos dispositivos referentes à teoria do precedente judicial no novo Código de Processo Civil

Como já demonstrado ao longo deste trabalho, já é sabido que o direito brasileiro não está imune às influências dos demais direitos de outros países, inclusive, o tema central deste trabalho traz uma abordagem da inserção de um instituto da *common law*, o precedente judicial, para o Brasil, adepto da família de direito ocidental da *civil law*. Alguns institutos do direito brasileiro demonstram esse

movimento de convergência entre os sistemas, como as súmulas vinculantes, e o uso cada vez mais reiterado de decisões jurisprudenciais como fonte de direito.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 contribuiu significativamente para o processo de padronização decisória no ordenamento jurídico brasileiro, eis que consagrou no artigo 5º da Constituição da República o princípio da razoável duração do processo no rol dos direitos fundamentais. Ainda, esta Emenda acrescentou à Carta Magna o artigo 103-A, que trata da súmula vinculante.⁵⁶ A Partir daí iniciou-se o processo de transformação de decisões reiteradas em textos normativos com força vinculante.⁵⁷ Além desta Emenda, várias outras leis infraconstitucionais sobrevieram na busca da uniformização ou padronização decisória e da tão sonhada celeridade processual.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, passou, no decorrer dos anos por diversas reformas onde foram-lhe inseridos dispositivos que demonstram a preocupação, cada vez mais intensa, do legislador com a uniformização das decisões de forma superficial. Da mesma forma, preocupou-se também com a alta produtividade dos juízes e tribunais. Neste sentido, a lei 9.756 de 1998 inseriu o parágrafo único ao artigo 120 do CPC, o qual preceitua que, “Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência”.⁵⁸ Nota-se que este artigo foi inserido antes da Emenda Constitucional nº 45, e que mesmo antes dela, já havia uma tendência a maior valorização da jurisprudência como fonte direta no direito brasileiro.

Ainda, esta mesma lei supramencionada, inseriu no CPC de 1973 o artigo 481, parágrafo único, que traz a seguinte redação: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.⁵⁹ Por fim, a lei 9.756 inovou de forma substancial ao trazer o artigo 557, o qual preceitua que ao relator será permitido negar

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 30 set. 2015

⁵⁷ BARACHO, Luiz Fernando. **Jurisprudencialização e Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14914>. Acesso em: 5 out. 2015.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1975. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 30 set. 2015.

⁵⁹ *Ibid.*

seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.⁶⁰

Em 2001, com o advento da Lei 10.352, inseriu-se o parágrafo 3º do artigo 475 do CPC vigente, o qual prescreve que não está sujeito ao duplo grau de jurisdição, sentenças que estiver de acordo com o plenário ou súmula do STF, ou súmula de Tribunal competente.⁶¹ Ainda, em 2006, e portanto pós Emenda Constitucional 45, foram publicadas as leis 11.276 e 11.277, trazendo alterações significativas ao CPC, especialmente no que tange aos artigos 518, parágrafo 1º e 285-A respectivamente. O 518, preceitua que, se a sentença estiver de acordo com súmulas do STF ou STJ, não será recebido pelo juiz o recurso de apelação. Já o 285-A, prescreve que, quando já tiver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos e tratar-se de matéria que verse exclusivamente sobre direito, pode ser prolatada a sentença com o mesmo teor da anteriormente proferida, sem a necessidade de citação.⁶²

Ainda, em 2006 a publicação de Lei 11.418 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC vigente. O 543-A, trata da criação do legislador de mais um mecanismo a fim de “dificultar a subida de recurso” para o STF, exigindo repercussão geral das questões constitucionais versadas no recurso extraordinário, para serem apreciadas pela Corte. O artigo 543-B trata da multiplicidade de recursos que tenham fundamento em idêntica controvérsia, onde em seu parágrafo 2º, salienta que serão inadmissíveis os recursos quando negada a existência de repercussão geral. Mais um dispositivo com a finalidade de diminuir a quantidade de trabalho dos tribunais e desafogar o judiciário. Por fim, a lei 11.232 de 2005 incluiu o artigo 474-L, §1º e 741 ao CPC vigente, que versam sobre a defesa do executado, determinando:

“(…) Considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição federal”.⁶³

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1975. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 1975. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 30 set. 2015

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

Todos estes dispositivos citados, demonstram que, havia a necessidade de uma doutrina de precedentes responsável, preocupada com o conteúdo das decisões e não apenas com a agilidade processual. Estes dispositivos mencionados, isoladamente, sem uma aplicação correta e uma doutrina que os embase, configuram violação aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como o do devido processo legal, isonomia e principalmente o da segurança e estabilidade jurídica, como será demonstrado ao longo deste capítulo.

Deste modo, na data de 22 de dezembro do ano de 2010 o Senado Federal apresentou o Projeto de Lei nº 8.046 de 2010 de autoria do senador José Sarney, com a finalidade de revogar a Lei nº 5.869 de 1973 (Código de Processo Civil vigente) e estabelecer o novo Código de Processo Civil, após diversas alterações, dentre elas novecentas emendas, finalmente deu-se a aprovação definitiva pelo Senado no dia 17 de dezembro de 2014.⁶⁴ Após 5 anos tramitando no congresso, enfim adveio a sanção da presidente Dilma Rousseff, que ocorreu no dia 16 de março de 2015, vale lembrar que, este foi o primeiro Código de Processo brasileiro a ser editado sob um regime democrático e trouxe diversas alterações importantes principalmente a nível constitucional, sendo justamente, uma destas alterações significativas o objeto do presente trabalho.

O papel dos precedentes no novo Código de Processo Civil foi e continua sendo largamente debatido. No início, a Câmara dos deputados criou um capítulo específico com o título: “Do precedente judicial”, onde mais tarde o Senado Federal o suprimiu, entretanto, partes deste capítulo foram reaproveitadas e serão demonstradas a seguir. Esta valorização do precedente está sendo largamente discutida entre doutrinadores e juristas como uma das principais inovações apresentadas pelo novo código e especialmente um dos pilares sob os quais ele se baseia. Neste sentido, traz-se um trecho da exposição dos motivos do Projeto de Lei 8.046 de 2010 relevante para tema aqui abordado,

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva que os jurisdicionados que estejam em situação idêntica, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

⁶⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2015.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. O novo código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.⁶⁵

Nota-se a partir do texto que, há de fato uma preocupação do legislador com a efetividade do princípio constitucional da segurança jurídica, quando traz o instituto do precedente judicial com o objetivo de manter a estabilidade e a coerência do direito, a partir da uniformização das decisões. As exposições dos motivos são tão importantes quanto o próprio Projeto da Lei ou a Lei em si, justamente pela importância de saber o porquê da existência de tal dispositivo, o *animus* que os levou a inseri-lo naquela Lei, e principalmente qual é o seu objetivo, enquanto parte do ordenamento jurídico. Essa importância é ainda maior quando, o que está no foco da motivação é o respeito à algum princípio constitucional, situação observada neste trecho.

No novo Código, no Livro III “Dos Processos Nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, Título I “Da Ordem Dos Processos e Dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, Capítulo I “Disposições Gerais”⁶⁶ estão os três artigos mais importantes que tratam da questão dos precedentes judiciais. A partir desta inovação trazida no novo CPC, percebe-se que, o legislador impõe o desafio de ampliar o rol de precedentes obrigatórios, bem como a tentativa de criar no Brasil a cultura dos precedentes por parte dos juristas, fazendo-os e ajudando-os a entender como se dá o funcionamento e aplicação dos precedentes na prática.⁶⁷

⁶⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 08 out. 2015.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁶⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 165.

De acordo com o artigo 926, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁶⁸. Esmiuçando este dispositivo, deve-se buscar a origem dos termos “estável, íntegra e coerente”, e o porquê de estarem onde estão. Integridade e coerência são noções que advém da teoria de Dworkin. O renomado filósofo do direito, ao fazer uma comparação entre direito e literatura criou um “gênero literário artificial”⁶⁹ que ele chama de “romance em cadeia”, onde cada romancista deve, ao receber um capítulo pronto, interpretá-lo e a partir dele fazer o seu capítulo, e compara esta tarefa à do julgador ao decidir um caso difícil.⁷⁰ A exemplo do romance, no direito também deve haver essa continuidade de modo a garantir sua integridade e unidade.

A ideia do filósofo é a de que, cada um dos escritores “Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.”⁷¹ É deste respeito à unidade, à historicidade e à continuidade do direito, que necessita o julgador para decidir de forma íntegra e coerente, ou seja, o legislador ao exigir estas características dos juízes e tribunais, impõe a vinculação tanto horizontal (dentro do próprio tribunal), como vertical (de um juízo inferior às decisões dos tribunais) às decisões passadas, porque são fruto de uma construção histórica e parte do todo, que é o direito.

O parágrafo 1º deste artigo traz, “Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.”⁷² Isso significa que, ao editar súmulas, os tribunais devem obrigatoriamente observar suas jurisprudências dominantes, reflexo de uma coerência horizontal, onde o próprio tribunal se submete às suas decisões sob pena de ferir a estabilidade do direito, prevista no *caput*.

O parágrafo 2º, vem como complemento do 1º, e talvez seja o dispositivo mais louvável trazido pelo legislador sobre o precedente judicial. Ele dispõe que, “Ao editar

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/020-o-imperio-do-direito-ronald-dworkin.pdf>>. Acesso em 10 out. 2015, p. 276.

⁷⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 276.

⁷¹ *Ibid.*, p. 276

⁷² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”⁷³ Como já observado no capítulo anterior, no subcapítulo que trata exclusivamente da teoria dos precedente judiciais, o precedente, ao contrário da leis, não deve, em hipótese alguma ser aplicado como um comando geral e abstrato⁷⁴, ou seja, jamais é utilizado ignorando-se os fatos que lhe embasaram.

O texto do parágrafo 2º do artigo 926, confirma um dos principais alicerces que permeiam a teoria dos precedentes judiciais da *common law*, por isso, tem tamanha importância. A aplicação do precedente ao caso novo trazido ao judiciário deve respeitar a historicidade daquele precedente, analisar minuciosamente a decisão paradigma, destacar a *obiter dicta*, a *ratio decidendi*, mas também deve comparar os fatos com os trazidos pela nova demanda, de modo a perceber se aplica-se ou não os fundamentos do caso passado para o presente, novamente, os fatos são indispensáveis neste trabalho de distinção (*distinguishing*) entre os casos.

O artigo 927 traz um rol exemplificativo de orientações a serem seguidas pelos juízes e tribunais, de modo a garantir a coerência e unidade preceituadas no artigo anterior, ou seja, direciona o trabalho dos magistrados para a prática da aplicação da teoria dos precedentes. Nas palavras do doutrinador Humberto Theodoro Júnior “O art. 927 traça a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência. Traz, na verdade, uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes, jurisprudência e enunciados de súmula (...)”.⁷⁵

Nos incisos I e II não houve inovação, o legislador apenas “reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade e de súmulas vinculantes(...)”⁷⁶. Porém, houve inovação quando, no inciso terceiro, determinou-se a vinculação dos juízes e tribunais aos “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”⁷⁷. O artigo 976 dispõe a respeito dos

⁷³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁷⁴ THEODORO JR. Humberto. **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 345.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 345.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

pressupostos de cabimento para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas⁷⁸, ressalta-se, para tanto, que a inovação é no sentido de vincular os juízes e tribunais locais, pois já era adotado pelos tribunais superiores.

Também elencado no artigo 927, em seu inciso IV, está a obrigatoriedade de observação pelos juízes e tribunais inferiores, em suas decisões, das súmulas do STF e STJ, mesmo que não vinculantes. Ainda, no inciso V acrescenta-se que os juízes e Tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”⁷⁹ Salienta-se que, pela primeira vez no Brasil, trabalha-se com dispositivos legais tão objetivos no tocante aos precedentes judiciais, o que se tinha anteriormente eram algumas referências pontuais, não menos importantes que estas trazidas pelo novo CPC, na Constituição Federal, inseridas principalmente pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e alguns dispositivos esparsos no Código de Processo Civil vigente.

Importante ressaltar que, apesar de transcrito no Caput do artigo 927 o verbo “observar”, não há dúvidas por parte dos doutrinadores e juristas de que não trata-se meramente de uma opção por parte do aplicador observar ou não o que prescreve o artigo. Neste sentido, traz-se o enunciado de número 170 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC), “(art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”⁸⁰ Então, deve-se entender que não é facultado ao juiz ou tribunal aplicar ou não o precedente, ou atribuir a ele mero efeito persuasivo, novamente, os precedentes ali elencados tem caráter obrigatório.

Outro detalhe a ser lembrado é que, o rol de precedentes enumerados no artigo 927 é considerado pela doutrina como sendo exemplificativo. Ao se observar o *caput* do artigo 926, que exige a estabilidade, integridade e coerência, somado ao princípio da segurança jurídica, depreende-se porque não faz sentido ser exaustivo o rol de precedentes do 927. Se o sistema precisa de unidade de modo a garantir a segurança jurídica, não há porque não ampliar este rol, de forma com que as demais decisões dos tribunais sejam respeitadas, quando for o caso presente análogo ao passado. Um

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2015

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. **Enunciados**. Disponível em:< <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 22 out. 2015.

sistema que tenta se impor como respeitador da teoria dos precedentes, não deve restringir seu uso à algumas situações, assim como na Inglaterra e Estados Unidos.

Muito embora o artigo 927 não mencione os precedentes dos demais tribunais superiores, por analogia, podem ser encaixados no inciso III deste artigo, que trata do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, também, no inciso V, o qual menciona a vinculação dos juízes e tribunais à “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estejam vinculados”⁸¹. Porém, algumas situações não estão elencadas no artigo, como por exemplo, as orientações jurisprudenciais e as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), os acórdãos das turmas e seções dos tribunais superiores, quando não existir posicionamento do plenário ou do órgão especial, e não é por isto que será desconsiderado seu status de precedente, se for o caso, muito menos sua força vinculante.⁸²

Ainda no artigo 927, seu parágrafo 1º prescreve que, na aplicação e formação do precedente, os juízes e tribunais devem observar o que dispõe o artigo 10 e artigo 489, parágrafo 1º, ambos do novo CPC. O artigo 10 diz respeito ao princípio constitucional do contraditório, no que tange a teoria dos precedentes, significa que, terá status de precedente aquela decisão que obteve entendimento majoritário ou unânime dentro do órgão que a proferiu. Este parágrafo 1º do artigo 927 é de suma importância, porque seu conteúdo traz como condição de possibilidade para elaboração de um precedente o princípio constitucional que forma uma das bases para a democratização do processo, qual seja, o princípio do contraditório. De acordo com o novo código, uma decisão só será precedente se, respeitar este princípio.

O artigo 489 dispõe sobre os elementos essenciais da sentença. Chama a atenção seu parágrafo primeiro, que inova no tratamento destes requisitos, quando exige que “(...)na criação dos precedentes o Tribunal também terá de observar que estes (os precedentes e as súmulas) são formados a partir dos elementos, teses e questões levantadas no caso(...)”⁸³ Absolutamente todos os incisos deste parágrafo primeiro são importantes na medida em que, delimitaram parâmetros a serem

⁸¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁸² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 167-168.

⁸³ THEODORO JR. Humberto. **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 356.

seguidos pelo juiz ou tribunal ao decidir, de modo a garantir a coerência, previsibilidade, segurança jurídica e estabilidade das decisões.

Os incisos V e VI do parágrafo 1º do artigo 489 são os que se aplicam nomeadamente ao direito jurisprudencial. O inciso V, obriga o juiz ou tribunal a indicar os fundamentos determinantes do precedente ou enunciado de súmula, ou seja, deve-se extrair da decisão a sua *ratio decidendi*, seus princípios justificadores, já que são eles os elementos vinculantes de um precedente judicial. O inciso VI traz as técnicas do *distinguishig* e do *overruling*, onde o juiz deverá, quando da não utilização do precedente ou da súmula invocada pela parte, justificar o porquê de não utilizá-la, este inciso adota o princípio da inércia na aplicação de precedentes, que exige uma motivação racional, quando do afastamento do precedente.⁸⁴

O parágrafo 2º do artigo 927 diz respeito a forma como se dará a alteração à algum enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, onde será facultado ao tribunal a prévia realização de audiências públicas, bem como a participação de pessoas, órgãos ou entidades capazes de enriquecer e contribuir com a discussão. Oportunizar o debate é uma das características indispensáveis à um Estado Democrático de Direito, ensejando o aumento da representatividade do jurisdicionado e o aperfeiçoamento da jurisprudência a ser debatida, esse dispositivo corrobora indubitavelmente com a democratização do processo.

Prevê, o parágrafo 3º do artigo 927, a possibilidade de modular os efeitos acarretados pela modificação de jurisprudência dominante no STF e dos tribunais inferiores ou de decisões oriundas de casos repetitivos, de forma a garantir a segurança jurídica e não frustrar as expectativas geradas por determinado entendimento. Ainda, o parágrafo 4º do mesmo artigo, estipula parâmetros que devem ser observados pelo tribunal quando da modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos. Trata-se da importação, como já tratado neste trabalho, da técnica do *overruling*, a qual exige, para a superação de um entendimento, fundamentação adequada e específica, que garantam o tratamento isonômico entre situações análogas e o princípio da segurança jurídica.

Por fim, o parágrafo 5º do artigo 927, prevê a publicidade dos precedentes, que serão organizados por questão jurídica e divulgados na rede mundial de

⁸⁴ THEODORO JR. Humberto. **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.320.

computadores. Nota-se, mais um vez, a presença da característica mais importante deste novo código, que é preocupação com a democratização do processo. A publicização dos precedentes trazida neste artigo é elemento essencial na concretização de um código construído sobre bases constitucionais.

Finalizando o Capítulo I do Livro III, o artigo 928 traz a definição de o que é considerado julgamento de casos repetitivos. Ressalta-se, porém, seu Parágrafo Único, que preceitua, basicamente que, “uma decisão a respeito de questões procedimentais pode se tornar precedente acerca do entendimento dado a tal questão- da mesma forma que há Súmulas a respeito de tais matérias.”⁸⁵ Ou seja, *obiter dicta e ratio decidendi* não existem apenas nas decisões de mérito, mas também nas que tem por objeto a admissibilidade da decisão. Neste sentido, o Enunciado de número 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.”⁸⁶

Tratou-se aqui dos principais dispositivos do novo CPC que tratam expressamente da teoria dos precedentes judiciais. Observou-se que eles estão plenamente de acordo com os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da ampla defesa, dentre outros, e que também vão ao encontro dos fundamentos principais da doutrina dos precedentes originários da *common law*. A partir disto, depreende-se que, de fato, o legislador ao elaborar estes dispositivos, conhecia a doutrina dos precedentes e seus institutos, e ao inseri-los no novo código o fez com o intuito de resgatar os princípios constitucionais violados por aqueles dispositivos do CPC vigente já citados no início deste capítulo.

2.2 Críticas e análises doutrinárias à inserção da teoria dos precedentes judiciais ao novo Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais

Após a análise feita no subtítulo anterior, onde abordou-se os principais artigos do novo Código de Processo Civil que dizem respeito a teoria dos precedentes

⁸⁵ THEODORO JR. Humberto. **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 358.

⁸⁶ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. **Enunciados**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 22 out. 2015, p. 48.

judiciais, far-se-á nesta parte do trabalho uma abordagem de alguns pontos importantes, objeto de discussão entre juristas e doutrinadores, a respeito desta inserção do precedente judicial no novo CPC, demonstrando se estão presentes alguns dos fundamentos essenciais à teoria dos precedente descritos no primeiro capítulo deste trabalho, e principalmente se esta novidade do direito brasileiro está de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil.

A valorização do precedente na dinâmica processual brasileira é, sem dúvida, um dos elementos trazidos pelo novo CPC que rendeu maiores discussões, debates e críticas por parte de juristas e doutrinadores, é inegável que esta é uma reação normal diante de um cenário de transformações no processo civil brasileiro. Porém, unânime é a percepção de que o processo atual não está sendo capaz de solucionar certos objetivos da jurisdição, sendo o maior deles, o da estabilidade ou segurança jurídica. Diante disso, existem várias posições doutrinárias que defendem o uso do precedente como uma solução para este problema, e outras que não acreditam nesta possibilidade, em sua maioria sustentando o mal uso desta teoria pelos juízes e tribunais.

Obviamente, quando expõe-se argumentos favoráveis à teoria do precedente judicial, eles são extraídos de sua aplicação no sistema da *common law*, já que, tanto na Inglaterra, como nos Estados Unidos, existe uma estabilidade decisória, um aumento cada vez maior de posicionamentos convergentes, que consolidaram o sistema tal qual ele é hoje. Diante de toda a explanação histórica feita no capítulo anterior percebe-se que, o sistema anglo-saxônico foi construído a partir de princípios como, a segurança jurídica, previsibilidade das decisões, isonomia, e consequente valorização da decisão, construída a partir de seus elementos fáticos, mas principalmente de respeito à estes princípios.

A partir destes princípios, é que os argumentos favoráveis à doutrina do precedente judicial no Brasil embasam-se, já que, todos eles, de certa forma, estão implícitos ou explícitos na legislação pátria e devem ser respeitados tal qual acontece na *common law*. A agressão à eles, foi gerada, dentre outros fatores, pelo contexto de insegurança jurídica advinda da oscilação da jurisprudência dos tribunais, pelo fenômeno do ativismo judicial, também pela obediência estrita à lei, como se ela fosse a única capaz de garantir a segurança jurídica, pela crise institucional enfrentada pelos três poderes, pela excessiva carga de trabalho que acometeu o judiciário, dentre outros fatores.

O primeiro princípio mencionado foi o da segurança jurídica, justamente por ser ele o principal afetado nesta fase de instabilidade que enfrenta o judiciário brasileiro, e por ser o tema de maior preocupação por parte de doutrinadores e juristas. O Brasil, como adepto do sistema da *civil law*, tem a lei como fonte principal do direito, porém, a crença de que ela, por si só, é capaz de dar a resposta ao problema da insegurança é ultrapassada, e demonstrou-se ineficiente ao longo dos anos, dentro do que a complexidade do estado atual exige. A partir disto, deve-se trabalhar constantemente com a ideia de que, cada vez mais o estado, as relações sociais e a sociedade em si ficarão mais complexas, e a resolução, tanto para problemas em geral, quanto para conflitos, não pode se dar da mesma forma como se deu há anos atrás, o raciocínio do filósofo Herbert Hart explica isto,

É, contudo, importante apreciar por que razão, posta de parte esta dependência da linguagem tal como efetivamente ocorre, com as suas características de textura aberta, não devemos acarinhá-la, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se plicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha entre alternativas abertas. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhamos sobre a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais e a ser usado, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência mecânica. Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento e todas as possíveis combinações de circunstância que o futuro pode trazer.⁸⁷

Diante deste raciocínio, depreende-se que, a lei e o seu uso mecânico por parte do jurista jamais, por si só, conseguirá resolver o problema da insegurança jurídica, uma vez que, não é capaz de gerar a previsibilidade que a complexidade jurídica exige, como descreve o doutrinador Ravi Peixoto, “O fenômeno jurídico é muito mais

⁸⁷PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015 p. 33.

complexo do que a legislação, o direito positivo é muito mais do que os textos da lei.”⁸⁸ Ademais, existe um limite quanto à interpretação da linguagem, ela pode gerar, por vezes, diversas interpretações onde o intérprete decide qual delas irá utilizar, sempre limitado aos resultados que ela mesma oferece.

Certamente não há como atingir-se um patamar máximo de segurança jurídica dentro de qualquer sistema, porém, diferentemente do que acontece com um país que adota a lei como fonte de direito principal, onde entende-se que a segurança advém dela, no sistema da *common law*, para que seja possível a validade e eficácia do precedente, deve existir um mínimo de segurança jurídica. Em outras palavras, enquanto que, na *civil law*, espera-se que da lei advenha a segurança jurídica almejada, na *common law* ela é condição de possibilidade para a existência do precedente judicial, sua fonte de direito predominante.

O preceito constitucional da segurança jurídica está umbilicalmente ligado ao ideal de um Estado Democrático de Direito, disposto no artigo primeiro da Constituição Federal, e sua importância advém da garantia do cidadão contra possíveis discricionariedades do estado, e de sua segurança no que diz respeito às expectativas criadas pelo mesmo, isso significa que ele tem como um de seus vieses o princípio da proteção e da confiança, que de acordo com Larenz, “os tribunais não podem iludir a confiança que o público deposita na continuação de uma jurisprudência que tenha por fundamento uma convicção jurídica geral.”⁸⁹

A segurança jurídica, assim como na *common law*, deve ser respeitada no Brasil, uma vez que, é princípio constitucional fundamental disposto de forma implícita em diversas passagens da Carta Magna, por exemplo, em seu artigo 5º, incisos XXXLI, XXXIV e XL. Portanto, em se tratando de direito fundamental, a segurança jurídica é inviolável. Vários dispositivos do ordenamento jurídico pátrio são relacionados ao princípio da segurança jurídica, como por exemplo, aqueles inseridos no artigo sexto da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que prevê a proteção do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.⁹⁰

⁸⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, p. 34.

⁸⁹ MENDES, Bruno Cavalcanti. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 77.

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 4.657, de 16 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 16 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

Ainda, do princípio aqui tratado, nascem dois preceitos reflexos, quais sejam, a ideia de previsibilidade e a estabilidade das decisões judiciais. A ideia de previsibilidade advém do direito do cidadão de saber que, ao agir não está cometendo nenhum ilícito e, ao mesmo tempo, de conhecer seus direitos caso os tenham violado. Estes preceitos são cruciais na vida de um cidadão, na medida em que irão guiar seu comportamento de determinada maneira, tendo ciência das consequências de suas escolhas. Para além disso, existe uma ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, não há que se falar dignidade quando as pessoas são vítimas de certo nível de instabilidade, onde não tenham condições de confiar na resposta jurisdicional do Estado. As palavras do doutrinador Ravi Peixoto descrevem muito bem o que é uma situação de instabilidade,

Quando há uma quebra dessa confiança, por exemplo, uma superação de entendimento judicial consolidado de modo surpreendente, o jurisdicionado diminui a sua atuação de confiança para com aquele sistema. Isso não significa deforma alguma o engessamento do Poder Judiciário, mas a necessidade de realização de transições suaves, de utilização de técnicas como a sinalização, a superação prospectiva etc. Do contrário, o sistema perito do poder judiciário passa a ser incapaz de gerar confiança nos jurisdicionados e nos operadores do direito e as suas decisões não serão aptas a serem condutoras de decisões(...) ⁹¹

No que diz respeito ao requisito da previsibilidade, existem diferenças entre os dois sistemas jurídicos abordados neste trabalho, uma vez que, na *civil law* a previsibilidade encontra amparo no conhecimento da lei e na *common law*, ela é garantida através da uniformidade das decisões. O problema no Brasil reside, dentre outros, justamente desta busca de estabilidade e segurança através dos textos normativos, como já abordado anteriormente, já está comprovado que, a concepção napoleônica que de a lei é capaz de garantir a segurança jurídica, por si só, já está ultrapassada.

Ademais, é sabido que há no Brasil uma produção desenfreada de textos normativos produzidos por diversos agentes estatais. Esta extrema quantidade de leis, diminui a previsibilidade, na medida em que, nem o próprio judiciário consegue acompanhar as mudanças e inovações, muitas vezes desconhecendo o que é aplicável a tal fato. Agravando este fato, apesar de todas estas criações legislativas, elas não estão conseguindo acompanhar as exigências e a dinâmica da sociedade

⁹¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015 p. 40.

atual, fazendo com que os textos já nasçam desatualizados, ou parafraseando o doutrinador Lênio Streck, as leis já nascem velhas.

Relacionado ainda à segurança jurídica, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni critica a incapacidade dos tribunais superiores, encarregados da uniformização das interpretações em nível infraconstitucional (STJ), de manterem a estabilidade e coerência exigidas para que se tenha um mínimo de segurança jurídica. Ele traz a questão da vinculação horizontal como um dos principais problemas que comprometem o princípio supramencionado,

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual. Resultado disso, como poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também, porque a segurança jurídica é um direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou nem sequer considera-las,⁹²

Ainda, corroborando esta passagem, o doutrinador Lênio Streck também critica a atitude dos tribunais com relação à esta vinculação horizontal, trazendo o seguinte questionamento: “(...) a jurisprudência do andar de cima não teria que seguir também os seus próprios precedentes?”.⁹³ Ele aborda ainda um problema mais sério, que é o de dar poder vinculante às súmulas e as jurisprudências, como fez o legislador no novo CPC, e os juízes e tribunais continuarem com uma postura solipsista diante das demandas trazidas à sua apreciação. Neste sentido louvável foi a atitude do doutrinador, que sugeriu ao legislador a introdução do parágrafo primeiro do artigo 927, que impõe a observância do contraditório e o respeito aos elementos essenciais da sentença por parte do tribunal, no ato decisório, implicando na obrigação dos tribunais de respeitarem sua própria jurisprudência.

O modo de agir solipsista do juiz, a partir do novo CPC, é completamente renegado, uma vez que, os artigos abordados anteriormente são claros ao exigir dos

⁹² MENDES, Bruno Cavalcanti. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79.

⁹³ STRECK, Lênio. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de informação legislativa**. Ano 52, abr/jun, 2015, p. 38.

juízes e tribunais uma postura compatível com a estabilidade do direito, principalmente o artigo 489, parágrafo 1º, que traz um rol especificando quais os tipos de decisões que não serão consideradas fundamentas. Desta forma, o legislador espera que o juiz haja no sentido de não apenas repetir a letra da lei, num processo automático de subsunção, muito menos julgar conforme seu entendimento pessoal, mas que, os magistrados interpretem a lei conforme a constituição, seus princípios, fazendo uso da hermenêutica filosófica neste processo. Neste sentido explica Lênio Streck,

Não se pode simplesmente transportar a doutrina da *common law* para o nosso Código de Processo Civil. Se não superarmos as posturas positivistas (...), corremos o risco de uma importação indevida e desastrosa. Explico: sem um olhar hermenêutico, o novo CPC corre o risco de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, (...) e o positivismo pós exegetico de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial).⁹⁴

Desta passagem, depreende-se que, aplicada de maneira errada, a teoria dos precedentes pode causar diversos problemas, dentre eles, o ativismo judicial. A utilização da tese dos precedentes, não deve ser aplicada como uma norma geral e abstrata, como já foi colocado no primeiro capítulo, e também não deve servir de base para que os juízes decidam conforme suas consciências. O doutrinador citado acrescenta ainda que a doutrina exerce um papel fundamental na compreensão desta nova realidade no direito processual brasileiro que é o precedente judicial.⁹⁵

Estas questões, da incoerência das decisões horizontal e verticalmente e do ativismo judicial geraram uma quebra da estabilidade do direito brasileiro e trouxeram como consequência grave a falta de tratamento isonômico entre os jurisdicionados. Trata-se de mais um princípio constitucional que deve ser observado quando o tema é teoria dos precedentes, a presunção de tratamento isonômico entre os jurisdicionados, uma vez que, é um princípio básico da teoria do precedente utilizado pela *common law*, e principalmente porque é um dos pilares garantidores do Estado Democrático de Direito no Brasil.

O princípio da isonomia está assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, Caput, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

⁹⁴ STRECK, Lênio. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de informação legislativa**. Ano 52, abr/jun, 2015, p. 39.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 39.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)"⁹⁶ e ainda no artigo 5º, inciso I, "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".⁹⁷ Destaca-se, para tanto, que a igualdade formal, advinda do liberalismo clássico, é substituída pela ideia de liberdade material, onde "(...) a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades."⁹⁸ Neste sentido, tem-se uma dimensão ativa do princípio da isonomia, de ação afirmativa com o intuito de acabar com as desigualdades.

Observa-se que, no contexto atual, de mudanças no direito processual brasileiro, a interpretação do artigo 5º não deve ser outra senão a de respeito não somente à lei, mas também de respeito à isonomia em relação à todo o direito, tendo em vista a gradativa valorização de outras fontes, como a jurisprudencial. O respeito deve dar-se à norma jurídica, independentemente de ser ela advinda da atividade legislativa, como a lei, ou decorrente de atividade judicial, como os precedentes judiciais.⁹⁹ Como já observado, é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e por este motivo deve ter uma aplicação e observação ampla em qualquer instituto jurídico amparado pelo direito brasileiro.

O princípio da isonomia representa a condição de possibilidade para uma aplicação adequada da teoria dos precedentes, uma vez que, só é possível aplicar ao caso presente uma decisão passada após a utilização, pelo magistrado, da técnica do *distinguishing*. Ao fazer a distinção entre um caso e outro, a atuação do julgador deve ser no sentido de perceber e destacar a *ratio decidendi* do caso passado, para que, se análoga ao caso presente, sejam ambos julgados da mesma forma, ou seja, tenham um tratamento isonômico diante de situações análogas. Este é o cerne da teoria do precedente e que deve ser observado na atuação do judiciário.

Para além disso, obviamente, pode o magistrado entender, ao fazer uso da técnica do *distinguishing*, que não tratam-se de *ratios decidendis* iguais e que portanto não deverá ser aplicado ao caso presente as mesmas medidas aplicadas ao caso pretérito, e neste caso, tendo em vista o princípio da isonomia, deve o julgador justificar o porquê de não utilizar tal precedente. No mesmo modo, o efeito vinculativo

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 set. 2015.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ MENDES, Bruno Cavalcanti. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p.80.

⁹⁹ *Ibid.* p. 80-82.

dos precedentes judiciais traz segurança aos jurisdicionados de que, ao decidir, o juiz deverá obrigatoriamente, de acordo com o novo CPC, justificar porque não utilizou a decisão paradigma trazida pela parte aos autos, demonstrando critérios de necessidade e igualdade, de modo a garantir que diante de casos semelhantes não haja decisões diversas.

Lembra-se que, pode acontecer de casos idênticos terem decisões distintas, tendo em vista outra técnica de aplicação de precedentes que é a *overruling*. Esta técnica se caracteriza pela superação de um entendimento passado, por diversos fatores, possibilitando que o direito evolua de acordo com os preceitos de cada época. Esta mudança de posicionamento é inerente a qualquer sistema, uma vez que o direito deve estar a par das questões que a facticidade o impõe, e isso de forma alguma pode ser considerado como violação ao princípio da isonomia. Há, sem dúvida, uma quebra na estabilidade do direito, porém é necessária, na medida em que objetiva atender as demandas sociais atuais.

Todavia, mesmo com esta exceção, o princípio da isonomia é, quando trata-se de precedentes, indispensável, uma vez que impossibilita o tratamento discriminatório entre os jurisdicionados. Destaca-se para tanto, que os princípios que embasam a teoria do precedente judicial, e dos quais os doutrinadores fazem uso para defender a inserção do precedente no processo civil brasileiro, não são alheios ao ordenamento jurídico pátrio, mas pelo contrário, todos eles são contemplados, inclusive constitucionalmente de forma expressa ou não. A ideia de isonomia no tratamento jurisdicional não tem a ver com determinado sistema, é um preceito que deve ser respeitado em qualquer estado democrático, neste sentido, “ora não ressoa coerente que cidadãos residentes na mesma localidade e sujeitos a mesma ordem jurídica recebam tratamento diverso das fontes encarregadas da aplicação e da interpretação das leis”¹⁰⁰, como muito bem assevera Luiz Fux.

Outra questão importante trazida pela crítica doutrinária no que tange a apropriação, pelo novo CPC, da teoria dos precedentes judiciais diz respeito a celeridade processual. A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII a duração razoável do processo, nestes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que

¹⁰⁰ MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p 81.

garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁰¹ Este inciso foi incluído pela Emenda Constitucional número 45 de 2004 e representa um grande avanço no sentido de dar efetividade à tutela jurisdicional, estando em completa harmonia com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Um dos fortes argumentos a favor da teoria dos precedentes tem a ver, justamente com a agilidade na prestação jurisdicional. Sabe-se que, e não é um problema só do Brasil, mas da processualística mundial, o aumento no número de demandas gerou para o judiciário uma carga excessiva de trabalho, porém, ao mesmo tempo, há a garantia constitucional de um processo célere e efetivo. Existe, portanto, um número exacerbado de processos a serem julgados e um direito constitucional a ser respeitado e é aí que entra a aplicação da teoria dos precedentes, vista, para muitos, como uma solução à esta problemática.

Alguns doutrinadores acreditam que, a política de precedentes, em sendo bem aplicada, de acordo com os preceitos já explicados no capítulo anterior, pode encurtar algumas demandas, na medida em que, conhecendo caso semelhante ao presente, os magistrados, principalmente dos tribunais superiores quando do julgamento de recursos, aplicarão os fundamentos daquela decisão preexistente, evitando mais um processo moroso. No mesmo sentido, “a prática de os juízes e órgãos colegiados adotarem anteriores posicionamentos consolidados pelos tribunais superiores é algo que tende a reduzir a quantidade de recursos dos jurisdicionados sucumbentes”¹⁰², trata-se da eficácia vertical, ou seja, da obediência pelo juiz às decisões dos tribunais superiores.

A lógica dos defensores da teoria dos precedentes é basicamente que, o desrespeito às decisões dos tribunais superiores gera situações de incoerência nas fundamentações jurídicas, e conseqüentemente, impulsiona tanto o aumento dos recursos, como induz as pessoas a proporem novas ações na busca pela sorte, uma vez que, nunca se saberá ao certo como determinada ação será julgada. Para evitar esta perspectiva desastrosa, vê-se no uso dos precedentes a garantia de uma jurisdição equânime, mais justa e capaz de diminuir o número de demandas que abarrotam o judiciário. A respeito disto, Marinoni preleciona,

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 out. 2015.

¹⁰² MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p.82-83.

O respeito aos precedentes é imprescindível para a atribuição de racionalidade ao sistema, fazendo com que o desenvolvimento do processo imediatamente cesse quando a definição do caso depender da análise de questão de direito definida por tribunal superior. Nesta perspectiva, o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário.¹⁰³

Sendo assim, a celeridade processual não está ligada apenas a ideia de razoável duração do processo, como também está relacionada com a economia processual, na medida em que evita-se um determinado número de processos, e reduz-se a demora na resolução de outros. Com efeito, este desestímulo à litigância e ao uso dos recursos aumenta a agilidade da prestação jurisdicional promovendo a racionalização do Poder Judiciário com a diminuição no número de processos tornando mais rápida e efetiva a resposta aos jurisdicionados.

Outra questão importante relacionada ao aspecto da agilidade processual, que merece atenção é a importância do juiz de primeiro grau no processo. O sistema, do modo como está posto, tende a diminuir a importância das decisões proferidas na primeira instância, em razão não somente da quantidade de recursos existentes, como também, pela incoerência tanto das decisões de primeiro, quanto de segundo grau, que fazem do recurso uma tentativa de lograr êxito na sorte. Sendo assim, a possibilidade de interpor um recurso coadunado ao fato de a decisão de primeiro grau não impor um respeito objetivo, necessitando portanto da confirmação do tribunal, acarreta um maior abarrotamento do sistema, colaborando para a demora na prestação jurisdicional.

Este problema é extremamente prejudicial aos jurisdicionados, e não apenas pelo fato de que deveria haver coerência entre as decisões de primeiro grau de jurisdição e as dos tribunais superiores, de forma a garantir maior respeito às decisões dos juízes e evitar-se os recursos, mas também pelo fato, de que os juízes de primeiro grau, como bem adverte Ovídio Baptista, por estarem mais próximos ao caso, são sensíveis aos fatos e as questões ali trazidas pelas partes, o que sem dúvida, gera uma decisão mais justa. Neste mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, critica o sistema, no sentido de que ele "(...)impede de decidir isoladamente as demandas, inclusive aquelas particularmente caracterizadas pela discussão dos fatos, para as

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 190.

quais o juiz que tem contato direto com a prova é sabidamente mais preparado para decidir”.¹⁰⁴

Contudo, o raciocínio apontado anteriormente de forma alguma atenta contra os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição ou da ampla defesa. O que buscam os doutrinadores é sanar o problema da celeridade processual, causado pela excessiva carga de trabalho do judiciário, fazendo com que este funcione de forma efetiva, jamais suprimindo o direito das partes de recorrer de determinada decisão que considerarem injusta, mas que elas apenas busquem a solução através do uso dos recursos quando estiverem diante de alguma inconformidade fundada, e que a única forma de sanar seja recorrer ao tribunal.

A forma como esta atitude das partes vai se dar, é a garantia de decisões coerentes, estáveis. As partes precisam sentir-se seguras de que o judiciário está atuando de forma equânime, de que a decisão de primeiro grau está em completa harmonia e unidade com a decisão que o tribunal proferiria diante daquele mesmo caso. Esta previsibilidade e conhecimento de determinadas decisões proferidas para determinado caso concreto é possível, para muitos doutrinadores, através da utilização da teoria dos precedentes judiciais. A uniformização da jurisprudência é que vai dar a coerência à ordem jurídica necessária para que os jurisdicionados confiem no sistema, e para que este transporeça segurança, estabilidade e garanta o tratamento isonômico.

Como já apontado anteriormente, o tema aqui abordado é objeto de crítica em todo o país, o que acentuou-se neste ano de 2015 em razão da aprovação do novo Código de Processo Civil que trouxe como uma de suas inovações a inserção direta do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, além dos argumentos positivos a respeito desta inovação trazidos neste capítulo, existem alguns doutrinadores que pensam que a teoria dos precedentes não será positiva e inclusive poderá comprometer o Estado Democrático de Direito e o exercício jurisdicional, se for mal aplicada ou mal compreendida. Destaca-se que, assim como quando abordou-se os argumentos favoráveis à teoria dos precedentes, não há a pretensão de exauri-los, uma vez que isso demandaria um trabalho próprio.

O primeiro argumento relevante trazido pela doutrina com intuito de distanciar a doutrina dos precedentes do direito brasileiro é o da standardização do direito. Este

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166

fenômeno significa basicamente a imutabilidade do direito através do mal uso da teoria dos precedentes, ou seja, tudo dependerá da forma como será concebida a teoria dos precedentes pelos juízes e tribunais. A não observância das técnicas de aplicação do precedente, como o *distinguishing* (distinção) e principalmente do *overruling* (superação), pode gerar o que chama-se, estandardização ou engessamento do direito, ou seja, gera a “(...)impossibilidade de alteração do precedente firmado”.¹⁰⁵

Destaca-se que, o novo código, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 927 traz expressamente a possibilidade de modificação de súmula, jurisprudência, ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos, desde que observados os princípios, já tratados neste trabalho, da confiança, segurança, isonomia e da proteção. Ou seja, o legislador preocupou-se com o fenômeno de engessamento do direito e trouxe expressamente a possibilidade de evitar tal problema. Ademais, a quebra da estabilidade é prevista sempre que necessária com o fim de evitar injustiças e assegurar a evolução do direito e saudável à um Estado Democrático.

Outro argumento utilizado pelos doutrinadores receosos à doutrina dos precedentes é no que tange a independência do juiz. Está sendo cogitada a possibilidade de violar-se o princípio da independência da jurisdição, ao obrigar-se os juízes de primeiro grau a vincular-se aos precedentes advindos das cortes superiores, podendo a sua capacidade para julgar. Steinman e Costa (pág. 88) acreditam que haverá uma concentração de poderes nos tribunais, em detrimento das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, ferindo um dos princípios basilares do Estado Constitucional de Direito.¹⁰⁶

A respeito deste argumento, Marinoni observa a necessidade de manter-se a unidade do direito, no que diz respeito à interpretação legal, e a obrigatoriedade de dar aos jurisdicionados uma resposta isonômica. O fato de haver, dentro da estrutura do poder judiciário diferentes órgãos com competências muitas vezes convergentes, indica que todos devem adotar, dentro de um parâmetro mínimo que garanta a segurança e estabilidade do direito, um mesmo posicionamento diante de determinados casos, e não o contrário.¹⁰⁷ O princípio da independência dos juízes não

¹⁰⁵ MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 87.

¹⁰⁶ MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 88

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

significa que podem julgar de acordo com seu livre convencimento, pelo contrário, devem julgar em amplo acordo com as regras constitucionais e processuais, em respeito ao Estado Democrático de Direito e à separação dos poderes.

Neste mesmo sentido, Teresa Wambier atenta para o perigo da defesa da liberdade absoluta dos magistrados, no sentido de que, esta presunção ignoraria a função dos tribunais superiores instituída pela Constituição Federal, que tem o dever de uniformizar a legislação federal. Além disso, esta presunção de liberdade absoluta dos juízes é incompatível com os princípios da celeridade e economia processual¹⁰⁸, tendo em vista que, a não observância de posicionamento já reiterado pelo tribunal, abre uma janela para eventual recurso que será provavelmente reformado. Nogueira, ainda afirma que o princípio jamais pode ser visto de forma absoluta, mas que deve ser relativizado em face de outros princípios como o da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.¹⁰⁹

Cabe destacar, diante destes posicionamentos, que a independência do juiz não está sendo violada quando é obrigado a seguir determinado posicionamento, na medida em que, como parte integrante de um todo que é o sistema judiciário, espera-se dele uma atitude compatível com a harmonia deste sistema, de modo a garantir uma prestação jurisdicional mais justa, equânime e efetiva. Há independência do juiz, no sentido de que ele tem suas próprias competências dentro do órgão ao qual faz parte, porém, isto não significa que não deva se subordinar à certos posicionamentos, no intuito de satisfazer bens maiores como a coerência, o equilíbrio e a igualdade no tratamento aos jurisdicionados.

Outro fator que gera desconfiança em muitos doutrinadores a respeito da aplicação da teoria dos precedentes no Brasil está diretamente ligado à celeridade processual. Para atingir agilidade na prestação jurisdicional, o Estado utilizou-se de diversos meios, muitas vezes inconvenientes ao preceitos constitucionais. Há um receio por parte dos doutrinadores de que a utilização do sistema de precedentes seja apenas mais uma ferramenta de garantia à agilidade processual, fazendo com que, mais uma vez, o conteúdo das decisões seja questão de menor importância. Veja-se quantos princípios constitucionais está-se violando com esta atitude dos magistrados.

¹⁰⁸ MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 90.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 91

Há claramente nesta presunção trazida pelos doutrinadores, violação aos princípios do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, também ao princípio da igualdade, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, e de outros tantos mais. Esta situação é agravada quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de modo a colaborar com e “efetividade” do judiciário, cria metas de produtividade, como por exemplo, a meta número um de 2015, destinada a justiça estadual, retirada do site do CNJ, a qual dispõe: “Julgar mais processos que os distribuídos”¹¹⁰.

Destaca-se, que há o claro afastamento entre o direito processual e a Constituição Federal, o que é desastroso num Estado Democrático de Direito, em que o direito processual deve servir como ferramenta de garantia aos jurisdicionados de seus direitos fundamentais. Pelo contrário, entre a qualidade e a efetividade, buscam-se saídas para resolver esta última, geralmente esquecendo-se da importância igual, ou superior da primeira. Neste sentido são sensatas as palavras utilizadas pelo doutrinador Lênio Streck que ilustra esta situação “O Brasil passa por uma verdadeira “(...)febre eficaz quantitativa que tomou conta dos tribunais. Tudo acaba em estatística. Metas.”¹¹¹

Tendo em vista este problema acima descrito, o novo CPC traz em seu artigo 489 o rol de elementos essenciais da sentença e em seu parágrafo 1º, destaca quais decisões, sejam interlocutórias, sentença ou acórdão, não serão consideradas fundamentadas.¹¹² A intenção clara do legislador neste artigo, e principalmente neste parágrafo, foi a de evitar o fenômeno do ativismo ou solipsismo judicial, mas também de exigir dos magistrados uma fundamentação ampla a respeito das questões trazidas pelas partes no processo, evitando que haja a preocupação apenas com a agilidade processual, mas também com o conteúdo das decisões proferidas, em respeito aos direitos dos jurisdicionados de ver sua questão resolvida de forma coerente e equânime, de acordo com critérios de justiça trazidos pela Constituição Federal e desejado pelos cidadãos.

¹¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/bf79e5236530afa495e491cc76e235d2.pdf>> Acesso em 09 set. 2015.

¹¹¹ ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 10.

¹¹² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

Portanto, diante do tema proposto, revelou-se de suma importância trazer neste capítulo os princípios que constituem a essência do devido processo legal, sem os quais não se poderia falar em Estado Democrático de Direito, foram eles, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da razoável duração do processo, celeridade processual, dentre outros. Estes princípios são percebidos como proteção aos direitos fundamentais, ou seja, garantem direitos aos cidadãos em face às arbitrariedades do processo e, portanto, tem valor inigualável dentro do ordenamento jurídico, porque tratam da pessoa humana no alcance de seus direitos legalmente previstos.

Finalmente, para ter-se uma compreensão do quão significativa é a inserção da teoria dos precedentes no direito brasileiro, deve-se partir do pressuposto de que a partir do momento em que o processo se afasta dos princípios supramencionados, reduz-se a atividade jurisdicional a mera prática de atos procedimentais mecanicizados, já que, desprovido de sua função primordial de garantia de direitos fundamentais, ou seja, o processo perde sua razão de ser. Portanto, a inserção dos precedentes do direito processual brasileiro deve ser vista, para muitos doutrinadores sob esta ótica, com o objetivo de democratizar ainda mais o processo civil brasileiro.

CONCLUSÃO

No decorrer da construção deste trabalho, concluiu-se que, a inserção da teoria dos precedentes, importada da família da *common law* para o ordenamento jurídico brasileiro através do novo Código de Processo Civil, será um instrumento benéfico ao Estado Democrático de Direito. Porém esta deve ser aplicada de forma correta, ou seja, estar de acordo com os princípios constitucionais neste trabalho mencionados, já que, a Constituição é a lei maior, e deve obrigatoriamente orientar a criação e aplicação das demais. A intenção do legislador ao importar este instituto foi a melhor possível, visando dar estabilidade, coerência e unidade ao direito pátrio, resta observar se os magistrados farão uso destas regras com a mesma motivação. Neste sentido assevera o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, “(...)a contribuição legislativa somente representa uma parte da questão. É na aplicação adequada dos precedentes (e não mecânica) que conseguiremos resultados eficientes e legítimos.”¹¹³

De modo à responder ao questionamento inicial, ou problema que originou este trabalho, revelou-se necessário dividi-lo em dois capítulos. O primeiro visou dar uma perspectiva histórica geral dos sistemas de direito ocidental da *common law* e da *civil law*, relacionando-os à teoria dos precedentes, logo após, a explicação dos fundamentos principais que embasam esta teoria, e por fim uma análise cronológica da aproximação entre ambos os sistemas. No segundo, o enfoque deu-se à teoria dos precedentes no tocante ao direito brasileiro, onde pontuou-se inicialmente alguns dispositivos do CPC vigente, que demonstram uma tentativa desenfreada de padronização decisória, após tratou-se dos principais dispositivos do novo código que tratam dos precedentes judiciais e, finalmente, trouxe-se algumas teorias doutrinárias a respeito do tema aqui trabalhado.

Na primeira parte do trabalho, fez-se necessária uma abordagem histórica geral a respeito das famílias da *common law* e da *civil law*, uma vez que o tema principal do trabalho, qual seja, precedentes judiciais, advém da primeira família examinada e está sendo inserido expressamente na segunda através do novo CPC. No tocante a isto,

¹¹³ THEODORO JR. Humberto. **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 315.

conhecer quais são as características de cada sistema de direito, suas peculiaridades e diferenças são importantes para que se entenda o porquê da necessidade da inserção de um instituto peculiar de uma família em outra, que só uma abordagem histórica conseguiria responder. Ainda no primeiro capítulo, foram trazidos os principais fundamentos da teoria dos precedentes, indispensáveis à uma aplicação responsável dos mesmos em qualquer sistema de direito.

Ao final do primeiro capítulo, demonstrou-se o gradual movimento de convergência entre os sistemas de direito ocidental da *civil law* e da *common law*. Desde os primórdios houve troca de influências entre ambos os sistemas, porém, demonstrou-se que a globalização acentuou esta confluência, e em decorrência disto, o direito brasileiro está recepcionando em seu ordenamento jurídico, através do novo CPC, a teoria dos precedentes judiciais. Destacou-se nesta parte do trabalho que não houve simplesmente uma mera importação do instituto do precedente, como sendo um acontecimento isolado, mas que gradualmente, ao longo de muitos anos, um sistema utiliza-se de conceitos, teorias e institutos de outro num processo de aprimoramento de seu próprio direito e que isto só tem a beneficiar a jurisdição do país que está aberto à estas influências.

No segundo capítulo, o enfoque foi a teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Inicialmente foi feita uma pequena retrospectiva histórica das tentativas de padronização decisória, por meio da Emenda Constitucional 45 e de leis infraconstitucionais, que inseriram determinados artigos no CPC vigente. A partir disto foi feita uma breve crítica a respeito destes dispositivos, que nasceram exclusivamente com o intuito de dar agilidade à resolução dos conflitos, sem a preocupação com o conteúdo, a coesão e coerência do sistema judiciário brasileiro, e por sua vez desrespeitando diversos princípios constitucionais.

Demonstrou-se que, em razão destas medidas indiscriminadas do legislador na tentativa de desatrapalhar o judiciário, prejudicou-se os jurisdicionados, violando de forma abusiva seus direitos fundamentais, sendo este um dos motivos pelos quais foi preciso a edição de um novo Código de Processo Civil no Brasil. Após uma sucinta contextualização da edição à sanção do novo CPC, passou-se a expor os principais artigos do novo Código que tratam do tema, ocasião em que explicou-se um a um, fazendo alguns apontamentos críticos de alguns doutrinadores importantes utilizados nesta obra, e demonstrando as características destes dispositivos, que os identificam com os fundamentos principais da teoria dos precedentes da *common law*.

Ao final do segundo capítulo foram trazidas críticas e observações de alguns doutrinadores a respeito da inserção da teoria do precedente no novo CPC. Inicialmente foram apontadas as críticas positivas, tendo como principal argumento a estabilidade, coesão e coerência das decisões judiciais, e a isonomia no tratamento dos jurisdicionados. Após, foram trazidas algumas críticas negativas, porém sempre acompanhadas de fundamentação que as rechaçasse. Importante destacar que todas as críticas tem como embasamento principal o respeito aos princípios constitucionais, e não poderia ser diferente, já que a Carta Magna é a norma orientadora das demais.

Esta última parte do trabalho revelou-se a mais importante, uma vez que, analisou-se os prós e os contras da inserção da teoria dos precedentes no ordenamento pátrio, relacionando os argumentos dos doutrinadores aos princípios constitucionais e comparando os pontos convergentes entre a inovação do legislador brasileiro com os fundamentos principais da teoria dos precedentes na *common law*. Portanto, a partir de todo trabalho desenvolvido, mas principalmente no tocante a esta parte final, observa-se que o objetivo central deste trabalho foi alcançado, na medida em que respondeu ao questionamento inicial, que era saber se a inserção da teoria dos precedentes seria saudável ao Estado Democrático de Direito.

A resposta à esta pergunta, após toda a pesquisa doutrinária realizada, não poderia ser outra senão, sim, a inserção da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro será saudável ao Estado Democrático de Direito, desde que aplicada de forma correta e responsável. Ao ler os artigos que tratam do tema no novo CPC, observa-se a clara intenção do legislador de acabar com o fenômeno do ativismo judicial, impondo aos operadores do direito uma postura compatível com a de um Estado Democrático, que é de tratar os jurisdicionados de forma equânime, através da coerência das decisões proferidas e de garantir a estabilidade e integridade ao direito, condições de possibilidade para que se obtenha o mínimo de segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto alegre: Livraria do advogado, 2013.

BAHIA, Alexandre; DIRLE, Nunes; THEODORO JR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro- Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. Ano 35, n. 189, nov. 2010.

BARACHO, Luiz Fernando. **Jurisprudencialização e Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14914>. Acesso em: 5 out. 2015.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/bf79e5236530afa495e491cc76e235d2.pdf>> Acesso em 09 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 16 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 16 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1975. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16ªed. Salvador: Juspodvm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. p. 13 disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wpcontent/uploads/2012/02/sobre-afundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acesso em: 18 out, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/020-o-imperio-do-direito-ronald-dworkin.pdf>>. Acesso em 10 out. 2015

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. **Enunciados**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 22 out. 2015.

GALIO, Morgana Henika. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>> Acesso em: 23 set 2015.

ISAÍÁ, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n.49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Bruno. **Precedentes Judiciais Vinculantes- A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodvm, 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação do precedente no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lênio. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de informação legislativa**. Ano 52, abr/jun, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.