



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

**MATIAS DA ROCHA ESTEVAM**

**PRECEDENTES JUDICIAIS: A VINCULAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CRIADA NA**  
***RATIO DECIDENDI* E A SUA RESISTÊNCIA NA TRADIÇÃO JURÍDICA**  
**BRASILEIRA DO *CIVIL LAW***

SOUSA  
2021

**MATIAS DA ROCHA ESTEVAM**

**PRECEDENTES JUDICIAIS: A VINCULAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CRIADA NA  
*RATIO DECIDENDI* E A SUA RESISTÊNCIA NA TRADIÇÃO JURÍDICA  
BRASILEIRA DO *CIVIL LAW***

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eligidério Gadelha de Lima

SOUSA  
2021



E79p Estevam, Matias da Rocha.

Precedetes judiciais: a vinculação da norma jurídica criada na Ratio decidendi e a sua resistência na tradição jurídica brasileira do civil law. / Matias da Rocha Estevam. – Sousa, 2021.

56 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientador: Prof. Me. Eligidério Gadelha de Lima.

1. Precedentes judiciais. 2. Precedentes vinculantes. 3. Processos repetidos. 4. Ratio decidendi. 5. Ausência de uniformidade decisória. 6. Insegurança jurídica. 7. Tradição jurídica brasileira. I. Lima, Eligidério Gadelha de. II. Título.

CDU: 347.962(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Marly Felix da Silva

Bibliotecária-Documentalista

CRB-15/855

MATIAS DA ROCHA ESTEVAM

PRECEDENTES JUDICIAIS: A VINCULAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CRIADA NA  
*RATIO DECIDENDI* E A SUA RESISTÊNCIA NA TRADIÇÃO JURÍDICA  
BRASILEIRA DO *CIVIL LAW*

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eligidério Gadelha de Lima

Data de aprovação: 12/05/2021

Banca Examinadora:

---

Orientador: Eligidério Gadelha de Lima

---

Examinador(a): Pós Dr. Erivaldo Moreira Barbosa

---

Examinador(a): Dra. Cecília Paranhos Santos Marcelino

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Josenir e M<sup>a</sup> Aldenice, por todo esforço e sacrifício que fizeram e fazem até o presente instante para que esse momento pudesse se tornar realidade, à eles devo tudo que eu sou e nada que eu faça retribuirá isso. Eram meus pais que me amavam antes do nascer. Foram eles quem cuidaram de mim durante os anos desamparados da infância e os não menos dependentes anos de meninice. Conforme fui me tornando menos dependente, eles tiveram inúmeras atenções, cuidados de saúde, de ajuda, e atos de incentivo; ainda outras coisas que de algum modo somente os pais parecem poder fazer. Talvez eu tenha aceitado estas atenções mais ou menos como se fossem uma rotina, talvez sem consciente gratidão ou sem qualquer demonstração de apreço. Porém, saibam que eu amo vocês mais que tudo e que só tenho a agradecer por ter pais tão maravilhosos, obrigado por serem meus guias, amigos, confidentes e maiores apoiadores.

Agradeço também à minha irmã, Sofia, por sempre acreditar em meu potencial e ser a minha principal defensora, obrigado por ser a personificação de amor fraternal e por várias vezes, mesmo discordando, ter me apoiado quando precisei, você foi e é muito importante na minha vida.

À todos meus familiares que sempre me apoiaram na minha jornada e sempre puseram muita fé em mim, em especial meus avôs, Zé Pinto e Francisco Jacob, e avós, Nilba e Francisca.

À minha namorada, Luysa Nóbrega, por ser minha melhor amiga e principal confidente durante toda essa jornada, obrigado por ouvir meus lamentos e tratar meus problemas com tamanho afinho como se seus fossem, nada que eu faça retribuirá tudo que você já fez e faz por mim.

Aos meus amigos/irmãos Gabriel Beviláqua, Roger José e Vinícius Marques, obrigado por tornarem minha estadia em Sousa mais divertida, não cabe enumerar os momentos vividos com vocês mas cada um deles ficará eternizado comigo, contem comigo sempre pra o que precisarem.

À Sofia Braga, Jackelyne Oliveira, João Hélio, M<sup>a</sup> Emellyne, Sandryelle, Carla Weini, Larissa Queiroga, Júlia Nobre e John Lennon, agradeço por terem sido meu primeiro círculo de amigos em Sousa e por terem me acolhido longe de casa, por mais que não tenha mais contato com alguns, vocês foram importantes na minha

jornada não só em Sousa enquanto estudante, mas quanto ser humano, agradeço por cada lição aprendida, cada sorriso, cada aperseio, por tudo, obrigado.

À Thalia e Matheus Víctor, por cada instrução durante a faculdade, vocês são exemplos a serem seguidos.

Ao meu antigo professor de história, Cristóvão, agradeço pelo apoio em um dos momentos que mais precisei na minha vida e por ter fomentado a busca pelo conhecimento.

Ao meu orientador, Eligidério Gadelha, pela paciência e compreensão durante a confecção do presente trabalho, obrigado por toda ajuda prestada e por ser um exemplo de profissional a ser seguido.

## RESUMO

Atualmente, constata-se um elevado número de processos tidos como "repetidos" na jurisdição brasileira, por se enquadrarem na mesma *ratio decidendi*. Esses processos perduram durante anos afim de que haja a prolação de uma decisão final dada pelo Poder Judiciário, que, teoricamente, careceria de ser idêntica para todos os casos que se enquadram em uma mesma conjuntura pois, o direito deve ser semelhante para os sujeitos que se encontram em uma mesma situação fática e jurídica. Entretanto, constata-se no âmbito da prestação jurisdicional a ausência de uma uniformidade decisória, devido as decisões proferidas pelos juízes apresentarem inúmeros entendimentos e interpretações a respeito de um assunto semelhante, evidenciando a carência de estabilidade do sistema e gerando, dessa maneira, insegurança jurídica. Assim, ocorre que o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais tem sofrido um crescimento exponencial e surpreende cada vez mais os profissionais da área com o resultado das demandas. Isto posto, a presente monografia objetiva abordar o sistema de precedentes vinculantes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 e analisará a resistência dos magistrados em obedecer a *ratio decidendi* que compõe tais precedentes, em decorrência do Brasil ser filiado ao *Civil Law*. Diante de tal situação, será demonstrado por meio da análise de diversos aspectos relacionados ao tema como a vinculação dos precedentes judiciais funcionaria no sentido de garantir uma maior coerência e consequentemente uma maior segurança jurídica ao sistema, agindo com vias a proporcionar uma maior celeridade processual. Para a confecção do presente estudo utilizou-se o método de abordagem dedutivo. Como método de procedimento foi manejado o meio comparativo e como técnica de pesquisa será efetivada a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, pois o pensamento é construído através da análise de livros, revistas e artigos científicos publicados com abordagem sobre o assunto, sendo a pesquisa classificada como qualitativa.

**Palavras-chave:** Precedentes judiciais. Insegurança jurídica. Prestação jurisdicional. *Ratio decidendi*.

## ABSTRACT

Currently, there is a high number of cases considered "repeated" in the Brazilian jurisdiction, as they fall under the same ratio decidendi. These lawsuits last for years in order for there to be a final decision given by the Judiciary, which, theoretically, would need to be identical for all cases that fall under the same conjuncture because the law must be similar for the subjects who are in the same factual and legal situation. However, in the scope of the jurisdictional provision, there is a lack of uniformity in decision-making, due to the decisions made by the judges presenting numerous understandings and interpretations regarding a similar matter, highlighting the lack of stability in the system and thus generating legal uncertainty. Thus, it turns out that the degree of unpredictability of judicial decisions has undergone an exponential growth and increasingly surprises professionals in the area with the result of the demands. That said, the present monograph aims to address the system of binding precedents adopted by the Code of Civil Procedure of 2015 and will analyze the resistance of magistrates to obey the ratio decidendi that makes up these precedents, due to Brazil being affiliated to Civil Law. situation, it will be demonstrated through the analysis of several aspects related to the theme as the binding of judicial precedents would work in order to guarantee a greater coherence and consequently a greater legal security to the system, acting with ways to provide a greater procedural speed. For the preparation of this study, the deductive approach method was used. As a method of procedure, the comparative method was handled and as a research technique indirect documentation will be carried out through bibliographic research, as the thought is built through the analysis of books, magazines and scientific articles published with an approach on the subject, with the research classified as qualitative.

**Keywords:** Judicial precedents. Juridical insecurity. Adjudication. Ratio decidendi.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 OS FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES: AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i></b> .....	<b>9</b>
2.1 <i>CIVIL LAW</i> .....	10
2.1.1 Surgimento e propagação .....	11
2.1.2 Elementos clássicos caracterizadores do <i>Civil Law</i> .....	14
2.2 <i>COMMON LAW</i> .....	17
2.2.1 Surgimento e propagação .....	17
2.2.2 Elementos clássicos caracterizadores do <i>Common Law</i> .....	20
2.2.3 A construção da ideologia do <i>Stare Decisis</i> .....	23
<b>3 PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO</b> .....	<b>25</b>
3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ...	25
3.1.1 Premissas teóricas: da Teoria Geral do Processo à eficácia dos precedentes	25
3.1.2 Diferenciação de outros institutos do Direito Processual Cível .....	28
3.2 TRABALHANDO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO .....	29
3.2.1 O <i>distinguishing</i> como mecanismo de aplicabilidade e distinção dos precedentes.....	31
3.2.2 As técnicas para a superação dos precedentes – <i>overruling</i> , <i>transformation</i> , <i>overriding</i> e <i>signaling</i> .....	33
<b>4 A ATUAL PERSPECTIVA CONVERGENTE FRENTE À RESISTÊNCIA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA</b> .....	<b>38</b>
4.1 A CONVERGÊNCIA ENTRE AS DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS .....	38
4.2 A RECEPÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 .....	41
4.3 A RESISTÊNCIA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA FRENTE A ADOÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES .....	45
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, no Brasil, existe uma ideia demasiadamente forte de "jurisprudência lotérica", dado que a mesma questão jurídica pode receber julgamentos díspares por parte dos julgadores. Dessa forma, é preciso que a parte tenha sorte para que sua causa seja distribuída para um juiz que possua um entendimento favorável quanto a matéria discutida no litígio. Entretanto, é inadmissível que duas pessoas que estejam em igual situação, ingressem com ações perante o Poder Judiciário para pleitear o mesmo bem da vida e recebam soluções para as suas lides de maneira diferente.

Dar continuidade a este sistema jurídico caracterizado por dispender tratamentos diferenciados para a mesma situação jurídica é ir contra a unidade do ordenamento e conseqüentemente o tornar inconsistente, negando assim o seu próprio preceito fundamental da segurança jurídica. A missão incumbida ao Poder Judiciário somente será cumprida se este for capaz de resolver efetivamente os conflitos que lhes são apresentados de maneira igualitária e com o menor dispêndio possível.

À vista disso, entendimentos dos julgadores que tenham por base ideológica os convencimentos pessoais em detrimento dos precedentes judiciais servem como estímulo para o ingresso de novas ações, por caracterizarem violações ao próprio sistema jurídico, geram distorção da regra comum que deverá ser oposta a toda sociedade e elevam o custo social tido com a resolução do conflito. Dessa forma, o princípio do livre convencimento motivado do magistrado atua como meio de garantir julgamentos autônomos e equitativos, todavia, não se pode permitir deturpações do princípio da legalidade e ao próprio conceito inerente ao Estado Democrático de Direito. O efeito gerado pela insubmissão à jurisprudência se perfaz em um aumento da intranquilidade social, fazendo com que haja uma maior descrença no Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 traz como suas principais demandas a segurança jurídica e a celeridade na resolução dos conflitos. Em sua redação, o texto normativo busca dar uniformidade às decisões de processos semelhantes e com isso, criar mecanismos que facilitem a resolução das demandas tidas como repetidas, contribuindo para o aumento da segurança jurídica e elevando a crença popular no Poder Judiciário.

Assim sendo, objetiva-se a análise do sistema jurídico brasileiro no que tange ao aspecto da morosidade do processo em consonância com a insegurança jurídica gerada a partir do não respeito aos precedentes judiciais, bem como verificar a importância de tais precedentes, com o advento do Novo Código de Processo Civil para a garantia de uma maior integração da norma, gerando assim um sistema jurídico mais seguro e coeso. Para atender a tal propósito, inicialmente serão examinados os aspectos relevantes no que tange ao surgimento das tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law* bem como as características que as definem. Em um segundo momento, será analisado o instituto dos precedentes judiciais propriamente dito, desde a Teoria Geral do Processo até a sua eficácia, bem como sua forma de aplicação através do *distinguish* e sua superação através do *overruling* e *overriding*. Por fim, será evidenciada a atual convergência entre as tradições jurídicas ocidentais, a recepção da teoria dos precedentes vinculantes pelo ordenamento jurídico pátrio e a resistência da magistratura quanto a sua aplicação.

Para atingir os objetivos traçados, como método de abordagem será manejado o método dedutivo, em que se pretende chegar aos resultados, partindo-se do geral para o particular. Como método de procedimento, será utilizado o comparativo, pois este consiste na investigação de coisas ou fatos e procura explicá-los segundo suas semelhanças e suas diferenças, o que será feito a partir dos sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*. Além disso, permite a análise de dados concretos e a dedução de semelhanças e divergências de elementos constantes, abstratos e gerais, propiciando investigações de caráter indireto. A técnica de pesquisa adotada será a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, com subsídio da doutrina nacional, de artigos científicos, revistas jurídicas, no posicionamento dos tribunais.

## 2 OS FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES: AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Quando normas jurídicas interdependentes são agrupadas segundo um princípio unificador, com a finalidade de regulamentar determinada sociedade disciplinando a convivência social, tem-se o que se chama de ordenamento jurídico. Este é caracterizado por adotar o critério hierárquico como elemento de organização, distinguindo regras e princípios; além disso, caracteriza-se por ser imbuído de unidade e coerência. Conforme tal hierarquia, são os dispositivos normativos superiores que dão validade e subordinam dispositivos normativos de categorias inferiores (KELSEN, 1998).

Nesse raciocínio, Castro (2014, p. 111) instrui que:

A ordem jurídica, portanto, compõe-se de princípios gerais implícitos e de disposições particulares, de regras, de normas, de conceitos, oficiais, ou oficializados, dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico. Como ordem é a reta disposição das coisas, conservando cada qual o lugar que lhe compete, também é chamada sistema jurídico, porque é sempre conjunto organizado, sistematização; não um amontoado de disposições.

Decerto cada sistema possui suas próprias especificidades, pois, o Direito é elaborado tendo como ponto de partida determinada base cultural, conforme a qual irá cumprir sua função condicionante.

Ainda que haja completa similaridade de um texto normativo em dois ou mais diferentes ordenamentos, é bastante provável que as normas analisadas apresentem diferenças substanciais. O Direito, se observado na prática forense, carrega traços daqueles que realizam as tarefas de interpretá-lo, e por pressuposto lógico, aplicá-lo.

Mesmo que sejam consideradas as particularidades de cada ordenamento jurídico, é notável a identificação de características comuns na operação de tais conjuntos normativos, sendo assim possível agrupá-los em Tradições Jurídicas. Estas se configuram como modelos estruturais úteis para manejar em abstrato a análise de múltiplos sistemas jurídicos, partindo de dados comuns ou que sugiram bastante semelhança. No mundo são detectadas Tradições Jurídicas sortidas. A identificação do número e qualidade dessas Tradições corresponderá ao parâmetro utilizado para realizar a sua distinção e classificação (MACÊDO, 2019).

Como exemplo de tais classificações, Macêdo (2019, p. 36) elenca alguns elementos que servem como critério para sua categorização:

Nesse sentido, é possível dividir as tradições com base nos seguintes elementos: formação e influência histórica; teoria e estruturação das fontes do direito; metodologia dominante do raciocínio jurídico; os princípios estruturais do sistema, tanto os jurídicos como os filosóficos, políticos e econômicos; utilização de conceitos específicos.

Para o direito ocidental, a mais expressiva dentre essas divisões é a que se estabelece entre *Common Law* e *Civil Law*. As duas tradições são consideradas como predominantes e exercem uma grande influência ao redor do mundo. O direito continental europeu está presente em toda a América Latina, uma grande porção da África, nos países do Oriente Próximo e em parte da Ásia. Já o *Common Law* encontra-se nos países em que a Inglaterra difundiu o seu sistema jurídico, como a exemplo do Reino Unido, grande porção dos EUA, Canadá, Austrália e demais ex-colônias pertencentes ao Império Britânico, tal qual a Índia e África do Sul (DAVID, 2002).

## 2.1 CIVIL LAW

*Civil Law*, sistema romano-germânico ou romano-canônico são as denominações atribuídas à tradição jurídica mais antiga e influente do ocidente que retira fundamentos do Direito Romano.

A primeira expressão remete ao *Corpus Iuris Civilis* e deriva de *jus civile*, direito civil da época da República e do Império Romano - as outras duas, por sua vez, pressupõem dados históricos diferentes - “Sistema romano-germânico” diz respeito especificamente a influência exercida pelo direito germânico do *usus modernus*, o qual se consolidou por meados do século XVI (MACÊDO, 2019). Nessa acepção, entende-se que a terminologia romano-germânica foi escolhida também para homenagear os esforços comuns no estudo e elaboração de notas para o *corpus iuris civilis*, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos (DAVID, 2002).

A terceira nomenclatura advém da forte influência que a Igreja exerceu na Europa, durante a Idade Média, no século XI e de forma especial no século XII. Como consequência dessa preponderância do catolicismo, o direito canônico acaba

influenciando o Direito Romano sobretudo nas áreas de família, sucessões, crime e processo (DAVID, 2002).

### 2.1.1 Surgimento e propagação

Apesar de comumente relacionada ao Direito Romano, especialmente em razão de extrair dele seus principais fundamentos, o surgimento dessa Tradição Jurídica não se deu necessariamente no Direito Romano. Em relação a este aspecto, existem dois posicionamentos que versam sobre a sua origem na antiguidade. Conforme o primeiro posicionamento, é possível a identificação do *Civil Law*, já em Roma, com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Tal obra, instituída no ano de 528 d.C., constitui-se de uma compilação de escritos jurídicos com o propósito de assegurar uma maior certeza jurídica ao Direito e renová-lo, pois, este nesta época era tido como em estado de decadência (MACÊDO, 2019).

Já o segundo posicionamento defende como momento de formação da Tradição o início das universidades no Continente, as quais possuíam o papel de centros propagadores de cultura e do pensamento científico, tendo sido a Universidade de Bologna, no século XI, a primeira universidade, a qual foi seguida por diversas outras ao longo de toda a Europa. Apesar de se tratar de um momento diverso, a tarefa das universidades não esteve dissociada do Direito Romano pois os acadêmicos trabalhavam com base no *Corpus Iuris Civilis*, elaborando nas margens das páginas, glosas ao texto, com o intento de alicerçar um novo sistema jurídico (DAVID, 2002).

Embora haja essa discordância sobre qual o momento do surgimento do *Civil Law*, Macêdo (2019, p. 37) pontua assertivamente um complemento que apazigua tal dicotomia:

De toda forma, parece que a questão da origem da tradição de *civil law* é um falso problema. São duas as razões: primeiramente, depende do preenchimento conceitual do que é *civil law*, levando ou não em conta fatores como a contribuição do direito canônico ou germânico, fatores estes que alteram a data de sua formação se contabilizados; mais importante, parte do pressuposto de uma tradição “pronta” ou “já formada”, o que é um erro uma vez que a ideia de *civil law* serve para a representação de vários sistemas jurídicos, que estão em constante transformação.

Desde sua origem até os contornos atuais, podem ser identificados três fatores determinantes, que marcam essa Tradição Jurídica, quais sejam: o Direito Romano imperial, a filosofia do catolicismo e o movimento de codificação (MACÊDO, 2019).

O Direito Romano imperial foi amplamente adotado na Europa Continental, onde era visto como um “sistema jurídico natural”, de forma que sua razão era encarada sob uma perspectiva superior ao dos demais sistemas, como um “sistema jurídico natural”. Bobbio (2006, p. 31) endossa tal panorama enfatizando a postura dos juristas medievais:

Os juristas medievais, na sua ingênua e ilimitada admiração pelo direito romano – como de resto por tudo aquilo que era romano: basta lembrar o Virgílio de Dante – pensavam que a sabedoria jurídica romana não tivesse elaborado simplesmente um direito próprio de uma determinada *civitas*, mas tivesse enunciado normas jurídicas fundadas na natureza e na razão; assumiam, assim, o direito romano como uma espécie de direito natural que nos confrontos do direito natural, assim como é geralmente entendido, apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa.

A propagação do *Iuris Romani* concretizou-se através do estudo do *Corpus Iuris Civilis* pelas Universidades; tal difusão se deu de tal forma que os alicerces dos romanos foram profundamente integrados pelo que hoje se conhece como o Ocidente. Esse fenômeno, intitulado como renascimento ou recepção do Direito Romano, iniciou-se no século XII, tendo como ponto de partida a Itália e gradativamente alcançou uma maior projeção, tendo atingido posteriormente a França, Espanha e Portugal, seguidos da Holanda e, no fim, alcançou a Alemanha (MACÊDO, 2019).

A filosofia católica desenvolveu grande influxo em decorrência do vultoso controle que a Igreja exerceu durante todo o período do medievo no que tange aos aspectos morais e éticos. Conforme aduz Wieacker (2010, p. 17):

[...] a cristandade fixou desde o início o conceito do direito. Na medida em que a fonte de todo direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea continuou o ser a ética social, e na medida em que toda ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e jurista estavam pouco conscientes dessa relação.

Como consequência da influência exercida pela Igreja, o Direito Romano acabou absorvendo muitos aspectos do direito canônico, por meio das reformas concretizadas pelos imperadores cristãos, tendo um enfoque especial nas áreas de direito de família e sucessões, direito penal e direito processual. No que tange ao campo normativo, é notório o reconhecimento dado a cada cristão como filho de Deus e atribui-se, em decorrência desse pressuposto, um valor eminente, e é partindo dessa premissa que se idealiza a dignidade da pessoa humana, compreendida hodiernamente como princípio basilar do próprio Direito (MACÊDO, 2019).

Outro fato de expressiva relevância para o *Civil Law* é a codificação do Direito, pois tem o escopo de desfragmentar o sistema jurídico, acabando assim com a multiplicidade de regras jurídicas, principalmente aquelas que têm por fonte os costumes, e assim garantir uma maior segurança jurídica. Nessa perspectiva, David (2002, p. 63) assegura que:

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

A codificação está intimamente ligada ao racionalismo, uma vez que busca conferir tratamento científico, sistemático e exato à ciência jurídica; dessa forma, buscam se desvincular da tradição e dos costumes, gerando uma genuína ruptura com o passado. Nessa sequência, Wieacker (2010, p. 366) constata em seu remonte histórico acerca das codificações que:

Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até ao início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor. Elas recordam eventualmente, na sua confrontação violenta com a tradição [...]

Não é a presença de códigos em seu ordenamento jurídico que implica diretamente classificação de determinado sistema como sendo pertencente à tradição do *Civil Law* ou à do *Common Law*, é a utilização da codificação com fins a exteriorizar uma certa ideologia. Conforme preleciona Macêdo (2019, p. 41), “busca-se eliminar todo o direito anterior, criando uma aversão ao historicismo, a partir da ideia de que o código é o início e o fim dos estudos de determinada matéria”.



Faz-se necessário explicitar que não foi a codificação *per se* que motivou este rompimento com a história mas os juristas da época adeptos a escola exegética. Com efeito, Bobbio (2006, p. 73) assinala que:

O código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isso foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código.

Tem-se, assim, que havia o anseio pela eliminação do formato complexo do Direito, com vistas a atribuir uma maior clareza e simplicidade a este. Os códigos almejam ser integrais no sentido de que tomam como ponto de partida a retórica de que todas as soluções para um determinado caso já estariam nele contidas, não havendo lacuna para nenhuma criação judicial, de certa maneira que o legislador constituiria o Direito na esfera política e caberia ao Judiciário apenas a aplicação.

### 2.1.2 Elementos clássicos caracterizadores do *Civil Law*

Existem características capazes de delimitar o que seria o sistema romano-germânico e quais seriam seus componentes fundamentais, tornando assim uma Tradição única. Macêdo (2019, p. 42) pontua, de forma coesa, quais seriam os elementos caracterizadores do *Civil Law*:

[...] os “sintomas” dessa tradição: uma rígida tripartição de poderes; a função e o valor dos juizes e dos legisladores; as fontes do direito; a configuração do direito como ciência e o papel da doutrina; as categorias legais e o raciocínio jurídico; a divisão entre o direito público e direito privado; e a divisão da “jurisdição” em ordinária e administrativa. Todas estas características se inter-relacionam, constituindo o todo que se entende como a clássica tradição de *civil law*.

A tripartição dos poderes, idealizada de forma austera e objetiva por Montesquieu, individualiza as atividades que serão delegadas para cada um dos poderes que compõem tal divisão. Ficam outorgadas ao Poder Legislativo as funções de elaborar as leis, sendo incumbência do Poder Executivo a aplicação de tais leis de forma coletiva, visando com isso à realização de políticas públicas em favor da coletividade. Por fim, designa-se ao Poder Judiciário a aplicação das leis ao caso concreto, neste caso, exercer a jurisdição significa não mais do que proclamar a vontade concreta da lei e do legislador (MACÊDO, 2019).

Tal instituto teve um engajamento significativo no que tange à ideologia e à finalidade frente ao seu tempo pois, preveniu os abusos que pudessem vir a ser cometidos pelo soberano e de igual maneira conteve os excessos praticados ou que pudessem vir a ser praticados pelos magistrados do regime que antecede o atual.

Esta primeira característica conduz, como pressuposto lógico, à segunda, tida como a função dos juízes e dos legisladores. A atribuição de criar o Direito seria destinada à atividade legiferante, na pessoa do legislador; já ao magistrado incumbiria simplesmente a aplicação da lei, devendo se ater ao comando nela explícito. Partindo dessa premissa, pressupõe-se que a lei englobaria todos os casos que venham a ser tratados juridicamente, concluindo assim que todo fenômeno de natureza jurídica se esgotaria na lei. Em concordância com o raciocínio retro mencionado, Bobbio (2006, p. 74) assevera que:

[...] o dogma na onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar as respostas para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nelas estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completitude* do ordenamento jurídico.

A fonte da qual emana o direito do *Civil Law* é, genuinamente, a lei, através da qual seria possível vislumbrar em sua forma mais completa, o único que poderia de forma legítima criar o Direito, o legislador. De maneira efetiva, o positivismo legalista foi marcante para a tradição romano-germânica pois, apontou o Poder Legislativo como único ente autorizado à elaboração do Direito, tendo a propagação de tal pensamento resultado na desconsideração dos costumes, enquanto fonte do direito, pois, este tem sua origem além do Estado. Na mesma linha de raciocínio, também é desconsiderada a jurisprudência pois, esta não advém de órgão que possua autorização para realizar a elaboração do Direito.

Como um elemento marcante dentro das características do *Civil Law*, há uma preocupação latente para com a ciência do Direito; através dela, almeja-se expressar o Direito a partir de conceitos, os quais retirariam fundamentos de lógica e validade de outras concepções do ordenamento jurídico, gerando assim um ciclo que tomava como ponto de partida a dedução do sistema jurídico. Conforme esse raciocínio, busca-se aproximar a teoria da ciência do Direito com a teoria da ciência da Matemática (SILVA, 2006).

A doutrina ocupa uma função de acentuada importância dentro do contexto da Tradição jurídica romano-canônica. Ainda que seja reconhecida apenas como fonte subsidiária, a instrução dos estudantes das Ciências Jurídicas é marcada pelos ensinamentos doutrinários. De acordo com o pensamento de David (2002, p. 164):

A doutrina age sobre o legislador, provocando a sua ação. Ela é apenas, de modo mediato, uma fonte do direito. Mas a doutrina exerce também uma função no que diz respeito à aplicação da lei; parece difícil, neste papel, contestar sua qualidade de fonte de direito a não ser por uma distorção da realidade.

A tradição de cientificidade conduz à admissão de que os juristas têm de raciocinar através da dedução. Muitos apoiam que a lógica da subsunção do caso concreto é a forma de raciocínio apropriada e apta para garantir a aplicação das normas, através da qual se mostraria necessário apenas amoldar os fatos às normas e debruçar sobre seus conceitos e eventuais classificações, alcançando à conclusão fornecida pelo sistema. Conforme expõe Macêdo (2019, p. 46):

[...] a Constituição napoleônica reformou drasticamente o Judiciário francês, o “juiz do povo”, já que antes era eleito diretamente, é substituído pelos juízes profissionais, nomeados pelo primeiro cônsul – estas modificações essenciais na organização judiciária francesa se mantêm até hoje –; tais mudanças simbolizam bem a passagem da prática jurídica de uma atividade criativa para outra estritamente técnica.

O conceito de separação dos poderes francês, que proíbe que o Judiciário aprecie os atos praticados pela administração, impondo assim uma menor interferência do Estado no âmbito das relações entre particulares, influenciou a divisão que se encontra atualmente entre direito público e o direito privado no *Civil Law*. Tal divisão propõe que cada um desses ramos seja estudado partindo de princípios e regras distintas, fundamentando na concepção de que os interesses do Estado, logo interesses gerais, e o dos particulares não possuem o mesmo grau de relevância, e em decorrência disso, fazem jus a estruturas, regimes e jurisdições diferentes. Nesse sentido, David (2002, p. 67) explica brevemente como opera tal divisão:

Em todos os países da família romano-germânica a ciência jurídica agrupa as regras do direito nas mesmas grandes categorias. Por toda a parte se encontra a mesma grande divisão básica de direito público e de direito privado. Esta distinção se baseia sobre uma ideia que parece evidente aos

juristas desta família: as relações entre governantes e governados dão lugar a problemas específicos, e tornam necessárias normas diversas das que regulam as relações entre as pessoas privadas, quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança.

Por fim, fruto da separação dos poderes e da divisão do direito entre público e privado, nasce a divisão da jurisdição em administrativa e ordinária. Esta, baseada na ideia de que não compete aos juízes a criação de regras gerais e que lhes é vedado ingressar nos âmbitos destinados às outras vertentes do Estado. Seguindo esta linha de raciocínio, Macêdo (2019, p. 47) preleciona que:

Nos países de *civil law*, tradicionalmente, haveria uma repartição da jurisdição: não é possível aos juízes ordinários interferirem nas ações da Administração ou do Legislativo, que deveriam ter seus conflitos resolvidos em seu próprio seio, enquanto os particulares afirmariam as suas ações perante o Judiciário comum.

## 2.2 COMMON LAW

A princípio, é primordial estabelecer o que significa *Common Law*. Habitualmente, refere-se a esta Tradição Jurídica como Direito Anglo-Saxão. Tal denominação demonstra-se incorreta visto que esta faz referência ao ordenamento exclusivamente germânico, que vigorava na Inglaterra antes do evento da conquista normanda. Da mesma maneira, esta Tradição não se confunde com o direito britânico pois dentro da Grã-Bretanha, a Escócia é regida por um direito híbrido, tendo as suas raízes mesclado o *Common Law* com o *Civil Law*. Em suma, compreende-se como pertencentes ao *Common Law* aqueles sistemas jurídicos que incorporaram as técnicas desenvolvidas, a partir do século XI, pelas cortes reais inglesas, que possuíam natureza notoriamente processual, que eram aversos à codificação e que englobavam o que antes era o Império Britânico, com as exceções da Escócia, da República da Irlanda, do Québec e dos EUA (FRANCH, 2004).

### 2.2.1 Surgimento e propagação

No ano de 1066, William, o Conquistador, da Normandia, conquista a Inglaterra através da batalha de *Hastings*, evento que desencadeia o processo de aculturação que resultará em várias reformas, conduzindo assim a era da modernidade. É a

partir do domínio dos Normandos que se estabelece o feudalismo. Além de ter havido um melhoramento e fortificação da organização e das políticas fiscais, separaram-se os tribunais canônicos dos estatais e foi realizada a organização e o registro das terras no *Domesday Book*, onde foram esclarecidos e sedimentados os direitos da coroa sobre essas terras e os seus recursos tributáveis (FRANCH, 2004). Logo, percebe-se que o trabalho que foi desenvolvido nessa época foi de uma eminente sistematização, tendo sido essa a maior contribuição dos normandos e que servirá de alicerce para a criação do *Common Law*. De acordo com David (2002, p. 356):

Uma data fundamental na história da Inglaterra e da Europa é o ano de 1066, em que a Inglaterra é conquistada pelos normandos. O período que precede esta data é chamado, na Inglaterra, o do direito anglo-saxônico. O domínio romano, embora tenha durado quatro séculos na Inglaterra - do imperador Cláudio até o começo do século V -, não deixou mais vestígios na Inglaterra do que o período celta na França ou o período ibérico na Espanha. A história do direito começa, para os historiadores do direito inglês, na época em que, tendo cessado este domínio, diversas tribos de origem germânica - saxões, anglos, dinamarqueses - partilharam entre si a Inglaterra.

A conquista empreendida e as mudanças que esta ocasionou desencadearam uma profunda insegurança jurídica. Esta era causada, em primeiro plano, pelo fato de a principal fonte do direito serem os costumes, que por sua natureza - de se constituírem dados dificilmente aferíveis, já acarretavam certo grau de incerteza. Aliado a tal fator ainda haviam múltiplas competências. Na Inglaterra pré-invasão normanda, ainda se mantinha a justiça comum funcionando com a canônica, o que foi abolido pelos Normandos em suas reformas. Além disso, assuntos fiscais e criminais, que dissessem respeito a coroa, tinham uma justiça própria. A diversidade de costumes e competências do primeiro século pós-conquista geraram uma crise no sistema judiciário, sendo comum a intervenção do monarca através de um *royal writ*, ordenando ou desautorizando algo (MACÊDO, 2019).

Naquele período, entendia-se o papel dos monarcas como protetores dos povos, intervindo para garantir a correta aplicação do direito costumeiro e corrigir pretensos desvios. Para satisfazer a demanda surgiram as cortes reais, órgãos criados para representar o próprio soberano (FRANCH, 2004). Em meados do século XIII são sedimentados os Tribunais Reais de Justiça, que se situavam no Palácio de Westminster, de tal modo que ficaram conhecidas como Cortes de Westminster. Tais

cortes, entre os séculos XI e XII, deixaram de ser tribunais de exceção e adquiriram o *status* de direito comum e são de grande valor para o desenvolvimento do *Common Law*. David (2002, p. 359) faz alusão a importância das *Courts of Westminster* para a formação da Tradição e como era feita a aplicação do direito antes do seu funcionamento:

A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*), mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda a cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.

Aliado a esta conjuntura, alguns fatores contribuíram para que fossem estendidas as competências dos tribunais reais: o condicionamento militar imposto aos senhores feudais, o que impediu a descentralização desenfreada do poder senhorial, tanto no campo patrimonial quanto no próprio âmbito de direitos; a natureza arcaica do próprio direito anglo-saxônico e a receita que seria gerada através da Administração da Justiça, o que gerou interesse do tesouro real. Na remontagem histórica idealizada por David (2002, p. 361), podemos constatar tal ocorrência histórica:

O rei procura estender os seus poderes de soberano justiceiro no reino. O interesse do Chanceler e dos juizes reais é conhecer de um maior número de questões, devido aos lucros que a administração judicial proporciona. Os Tribunais Reais são, por outro lado, impelidos a alargar a sua competência pelas solicitações dos particulares, a quem a justiça real surge como muito superior à das outras jurisdições. Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas.

O *royal writ* se constituía em uma ordem expedida pelo monarca às autoridades para que estas não obstaculizassem o cumprimento do direito de quem o possuía, para que posteriormente o caso fosse julgado mediante um corpo de jurados. Em contrapartida, tais medidas eram bastante escassas, mesmo havendo uma aplicação analógica dos *writs* em casos cabíveis. Derivada da carência de aumentar o rigor do sistema e resolver as questões que envolvam a equidade, quando não houvesse um *writ* da *Common Law*, firmou-se a prática de um a verdadeira justiça paralela às Cortes de Westminster, com uma expressão e precedentes próprios, e que acabariam por ser aplicados pelos tribunais do Chanceler do Rei, tribunais aqueles que acabaram por formar um corpo de normas, a *Equity* (SOARES, 1997).

Conforme preleciona Soares (1997, p. 177), o cenário se encontrava favorável para que pudesse haver um desenvolvimento dessa vertente de direito casuístico:

As "Courts of Chancery" apoiavam-se nas normas do direito canônico, bem mais evoluídas e racionais que o casuismo dos procedimentos da "Common Law". Por várias razões históricas, a "Equity" teve um desenvolvimento portentoso, em particular, naqueles períodos em que o Rei, por questões de guerras internas (a ex.: a Guerra das Duas Rosas) se encontrava na impossibilidade de reunir seu Conselho e julgar os recursos em matéria de "Common Law" ganhando assim relevância a figura do Chanceler e de sua justiça.

Os *Judicature Acts*, que se iniciaram em 1873 e foram concluídos em 1875, extinguiram os Tribunais do Chanceler, incumbindo assim aos tribunais comuns da Inglaterra tanto a aplicação do *Common Law* quanto da *Equity* (SOARES, 1997).

Tem-se assim que o Direito Inglês foi formulado a partir da engenhosidade jurisprudencial. Na realidade, uma série contínua de decisões em casos específicos consolidaram um sistema complexo e abrangente de regras e princípios, a partir do século XII. Dessa forma, inicia-se a formação do direito comum inglês, que dá forma, no decorrer de sua expansão, a uma Tradição jurídica inovadora, que funciona a partir de conceitos, pressupostos e métodos próprios (DAVID, 2002).

### 2.2.2 Elementos clássicos caracterizadores do *Common Law*

Conforme pontua Macêdo (2019, p. 54), o Direito Comum inglês, assim como Direito Continental europeu, possui traços próprios, que tornam tal Tradição peculiar, desenvolvendo-se de forma totalmente diversa ao movimento jurídico que se propagava nas Universidades europeias, sendo tais características a ele inerentes:

Inexistência de uma doutrina rígida de tripartição de poderes; a função e o valor dos juízes e dos legisladores; as fontes do direito; a configuração do direito como atividade prática e a consequente caracterização do ensino jurídico e da doutrina; a preocupação reduzida com categorias legais e questões mais abstratas e o raciocínio jurídico; a divisão entre processo e direito material; a jurisdição única e o *judicial review*.

Nos países adeptos à *Common Law*, não há uma preocupação quanto a fixação das funções típicas e atípicas de cada um dos Poderes, sendo tais funções coordenadas, em sua generalidade, através dos freios e contrapesos. É através das especializações, tidas como ramificações de funções desempenhadas pelo Estado, que se constroem as funções típicas governamentais, expondo assim, dessa forma, a sua origem pragmática, pouco interessada com a legitimidade teórica de determinada vertente estatal. Conforme expõe David (2002, p.424), o sistema inglês se caracterizava pela proeminência do Poder Judiciário:

A posição proeminente reconhecida aos juízes dos tribunais superiores deixa clara esta característica; diversamente do que se passa no continente europeu, principalmente na França, existe na Inglaterra um verdadeiro Poder Judiciário, que por sua importância e dignidade não é inferior ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Em decorrência do seu sistema jurídico ter se originado por meio da prática, os juristas ingleses valorizam o direito processual, o *adjective law*, não sendo este fruto dos princípios e teorias disseminados nas Universidades. O fato de a *Common Law* não se caracterizar como um conjunto de normas de direito material, mas de rigorosas regras de direito processual, foi um ponto crucial para o imperativo histórico da jurisprudência, tida como a principal fonte do direito inglês, tendo os precedentes uma força vinculante em razão da adoção da doutrina do *stare decisis*. Era no âmago dos Tribunais de Westminster que o direito era progressivamente constituído, ora através da aplicação de antigas fórmulas consuetudinárias, ora por meio da *Equity*, classificando-se assim os Sistemas Jurídicos pertencentes a essa Tradição como sendo *judge-made law* ou *case law*, em decorrência do Direito ser construído pelo magistrado em sua análise casuística. Como consequência de tal



estrutura, a lei, originalmente, ocupava uma função secundária, em que se limitava a acrescentar correções ou complementos à obra dos tribunais. (LIMA JÚNIOR, 2014).

Historicamente, os *common lawyers* se formavam exclusivamente através de lições práticas, ministradas nas *Inns of Courts*, onde os aspirantes à carreira jurídica aprendiam com os juízes e *barristers* como se constituía o Direito. O tribunal era o local adequado para o aprendizado do Direito, sendo a formação dos juristas dessa Tradição marcada pela práxis, distinguindo-se assim da formação ministrada nos países adeptos do *Civil Law*, onde eram marcados pela formação escolástica das universidades (LIMA JÚNIOR, 2014).

O raciocínio jurídico dos juristas adeptos a essa Tradição é marcado pela forma de pensar empírica, sendo preponderantemente analógico, baseando-se na comparação, almejando traçar semelhanças e diferenças entre o caso em discussão e os casos pretéritos. Tendo assim sua lógica advinda do raciocínio indutivo e se perfazendo pelo método casuístico, dessa maneira, seriam caracterizados a partir da sua argumentação construída partindo de um caso específico, do qual se extrai a *ratio decidendi*, sendo essa aplicável a casos análogos. Contrapondo-se assim então ao raciocínio silogístico e à subsunção do fato à norma, defendida pelo *Civil Law* (MACÊDO, 2019).

Devido a isso é que se atribui a pouca relevância dada a doutrina no *Common Law*, não sendo típico os juízes citarem obras doutrinárias em suas decisões, limitando-se a fazer remissões a precedentes judiciais. Com efeito, a doutrina limita-se a compilar precedentes pela sua matéria. David (2002, p. 444) afirma que “mais ainda do que no continente europeu, a importância da doutrina foi subestimada na Inglaterra, onde o direito deve menos aos professores e mais aos juízes”.

Como consequência do período feudal, não se obteve uma separação entre o direito público e o privado. Tal fato decorre da vinculação do que seria direito público à terra, como os direitos reais da coroa, baronato e questões atinentes à tributação. Isso fez com que tais questões de direito fossem tratados no âmbito da propriedade privada (MACÊDO, 2019). Outra diferenciação diz respeito ao direito material e ao direito processual, em que foi atribuída uma grande relevância ao direito processual e houve uma marginalização do direito material, de tal forma que se transformava o processo, independente de qual seja, em um problema de ordem processual, logo, de direito público. David (2002, p 364) salienta a importância atribuída ao direito processual e pontua sobre o formalismo exacerbado característico dessa Tradição:

O mais importante não foi, na Inglaterra, até o século XIX, determinar que solução, considerada justa, seria dada aos litígios. *Remedies precede rights*. Toda a atenção dos juristas concentrou-se, durante muito tempo, sobre os variados processos, muito formalistas, que correspondiam aos diferentes writs. Estes processos tinham uma única finalidade: formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri.

Por último, no direito inglês nunca existiu uma separação entre as jurisdições, administrativa e comum. Essa ideia de ausência de divisão jurisdicional é reforçada através do *judicial review* que foi legitimado, no direito estadunidense, a partir do caso *Marbury vs. Madison*, no qual se admite a revisão dos atos praticados pelo legislativo, representando assim a criação institucional do controle difuso de constitucionalidade. Esta intervenção não é admitida no direito inglês, onde o Parlamento goza de soberania, de tal maneira que seus atos são subtraídos do controle judicial (SOARES, 1997).

### 2.2.3 A construção da ideologia do *Stare Decisis*

A Doutrina dos Precedentes Vinculantes, na linguagem de seu direito nativo *doctrine of binding precedents*, preceitua que o julgador deve seguir a norma contida nos precedentes vinculantes. Tal norma é extraída a partir da análise de casos pretéritos e devem ser aplicadas aos casos similares. O aforismo jurídico inglês *stare decisis et non quieta movere*, em sua forma reduzida *stare decisis*, traduz-se na concepção mais rígida acerca dessa doutrina, indicando o dever do magistrado, no exercício do poder que foi investido, de não olvidar da análise das soluções empregadas em decisões de casos análogos, tendo tais decisões gerado precedentes (MACÊDO, 2019).

O *stare decisis* só se tornou um componente do *Common Law* entre o final do século XIX e início do século XX, sendo a maior parte da história dessa Tradição marcada pela inexistência de um poder vinculante advindo dos precedentes. A despeito de tal fato, estes eram obedecidos, porém não eram dotados de força vinculante, no que tange aos futuros julgadores, no momento da análise e julgamento de casos semelhantes (BARBOZA, 2011).

Era prática comum obedecê-los antes de sua obrigatoriedade, em razão da segurança jurídica e da uniformidade jurisprudencial, quando os juízes eram

confrontados pela inexistência ou falta de clareza das normas jurídicas substanciais, devido serem os precedentes a forma mais nítida por onde se exprimem os costumes. No entanto, caso de o julgador discordasse do precedente, poderia decidir em sentido contrário (BARBOZA, 2011).

Foi em 1898, durante o julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, que a Câmara dos Lordes estabeleceu, de forma oficial, a adoção da *stare decisis*, resultando na institucionalização da doutrina dos precedentes. Conforme detalha Macêdo (2019, p. 60), essa adoção firmou força vinculante dos precedentes, fazendo assim com que a decisão proferida seguisse resoluções de casos analógicos:

A mais alta instância inglesa decidiu que os juízes deveriam, ainda que discordassem, seguir os precedentes emanados de sua própria jurisdição e dos tribunais superiores. Foi-se além: não seria possível à própria *House* superar seus precedentes. Assim que determinada norma jurídica fosse estabelecida, deveria ser seguida por todos os tribunais juízes inferiores pela *House of Lords*. Este entendimento se pautou na ideia de que os tribunais deveriam simplesmente enunciar, declarar o direito, e não criá-lo. A criação do direito, e assim sua extinção e modificação, deveria ser feita pelo Parlamento, pelos órgãos com competência legislativa.

A certificação da obrigatoriedade dos precedentes é feita pelos tribunais ingleses apenas no final do século XIX. Tal atraso se deve em razão da forma que se desenvolve a publicidade das decisões, sendo esta feita por meio de *Law Reports*, que passaram por um processo evolutivo de efetiva publicidade até adquirirem os moldes contemporâneos. Além disso, as reformas realizadas no Poder Judiciário e na administração da justiça através dos *Judicature Acts 1873-1875*, tornaram o sistema de cortes um sistema bom para o funcionamento da *stare decisis*, pois, organizaram o sistema de forma rígida, centralizada e hierárquica (BARBOZA, 2011).

### 3 PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO

Historicamente, a obediência à *ratio decidendi* de certas decisões com o escopo de julgar um caso posterior consolidou a doutrina dos precedentes, sendo essa tão antiga quanto à *Common Law*. Ao longo da ampla experiência adquirida, nota-se que a política do precedente tem como escopo alcançar duas finalidades. Em primeiro plano, a adoção deste objetiva deslindar o conflito, visando determinar qual dos litigantes está assistido pela razão na demanda. Tal objetivo materializa-se através do emprego da decisão tida como mais justa extraída de um conflito ocorrido no passado. Em segundo plano, procura-se abduzir uma regra ou princípio, derivada da resolução do conflito, que seja aplicável, no futuro, em casos semelhantes, desenvolvendo-se uma política legal (ROSITO, 2011).

#### 3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

##### 3.1.1 Premissas teóricas: da Teoria Geral do Processo à eficácia dos precedentes

As premissas teóricas são os preceitos fundamentais para a construção e compreensão da teoria dos precedentes judiciais. Estas são caracterizadas como a base dogmática necessária para o entendimento e a aplicabilidade desse fenômeno. No que tange a tais preceitos, existem duas espécies conceituais no Direito, quais sejam, o sentido lógico-jurídico e o jurídico-positivo. A conceituação lógico-jurídica é formulada de forma apriorística e universalmente, em decorrência do fato compreendido ser um fenômeno jurídico que não possui relação de dependência com o direito positivo, formando-se assim um conceito aplicável a qualquer ordenamento. Em contrapartida, o conceito jurídico-positivo é construído partindo-se de um determinado sistema legal, feito de forma *a posteriori*, sendo os conceitos formulados aplicáveis somente ao próprio sistema, inexistindo a possibilidade de exportação para um ordenamento jurídico diverso daquele que lhe deu origem (DIDIER, 2016).

Seguindo esse raciocínio, o precedente judicial pode ser definido como um conceito lógico-jurídico, em decorrência da sua definição independer de direito

positivado, sendo um instituto basilar do Direito Processual, podendo se fazer presente em qualquer ordenamento (DIDIER, 2016).

Superada tal classificação genérica e partindo para a definição do conceito em si, tem-se em *lato sensu*, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 441) que “o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Já em *stricto sensu*, classifica-se como correspondente à *ratio decidendi*, que são os fundamentos jurídicos que embasam a decisão, sendo os demais argumentos expostos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na composição do julgado, classificados como *obiter dictum* (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

A *ratio decidendi* é composta pela indicação dos fatos relevantes, pelo o raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo decisório (TUCCI, 2004). Dessa forma, no momento da decisão de um caso, o magistrado elabora duas normas jurídicas, sendo a primeira de caráter geral, advinda da sua interpretação e convencimento acerca dos fatos envolvidos na causa e a sua adequação ao Direito positivo. A segunda possui um caráter individual, caracterizada por constituir a decisão para aquela circunstância específica que lhe é posta para a análise (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Macêdo (2019, p. 279) é preciso ao pontuar sobre a indissolubilidade das componentes que integram o precedente judicial, pois, por mais que no núcleo do precedente judicial se encontre a *ratio decidendi*, foram os fatos que compõem a *obiter dictum* que possibilitaram a sua classificação:

A determinação dos fatos é indissociável da questão de direito; é dizer, não há uma questão jurídica abstrata que possa ser absorvida sem relação com os fatos que visa regular. O direito funciona a partir de fatos jurídicos. Normas ou questões de direito" despidas de facticidade são insignificantes, não possuem razão de ser. Por isso, os fatos que o juiz tomou como existentes para resolver o problema jurídico são efetivamente parte da norma do precedente.

Na maioria dos casos, é por meio da técnica de exclusão que é feita a delimitação do que é o *dictum*, partindo do pressuposto de que aquilo que não for pertencente à tese jurídica apontada na motivação do provimento decisório será *dictum*. Nesse sentido, Spillari (2018, p. 23) complementa acerca da possibilidade de

reclassificação dos componentes que integram o precedente, em razão de um novo entendimento do Tribunal:

Apesar de não servir como precedente, o *obiter dictum* pode ser um indicador de um futuro entendimento do tribunal, pois um voto vencido de julgamento colegiado pode vir a se tornar *ratio decidendi* com uma mudança na composição do órgão, por exemplo. Com base nisso, pode-se afirmar que tanto a *ratio decidendi* pode passar a ser *obiter dictum* quanto o contrário.

Na hipótese de a decisão possuir mais de uma *ratio decidendi*, prevalece o entendimento de que todas elas vinculam o tribunal, que não pode fazer distinção entre elas, classificando algumas para serem *rationes* e selecionando outras como *dicta*. Da mesma maneira, se houver dificuldade para encontrar a *ratio* de uma decisão, seja em decorrência de fundamentação insuficiente, seja por ausência de tese jurídica bem delineada, deve-se considerar essa decisão como desprovida de *ratio* e de autoridade obrigatória (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Neves (2018, p. 1389) aduz de maneira precisa as hipóteses em que a decisão não consolidaria um precedente judicial por não impactar de maneira satisfatória na ordem jurídica, como nas hipóteses em que a decisão não perpassa o caso ora analisado; naquelas em que sua decisão seja fruto de um precedente ou na que se limite a aplicar o que se encontra no texto normativo:

Registre-se nesse ponto que nem toda decisão, ainda que proferida pelo tribunal, é um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente. Por outro lado, uma decisão que se vale de um precedente como razão de decidir naturalmente não pode ser considerada um precedente. Por outro lado, algumas decisões nem tem potencial para serem considerados precedentes, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei.

Os casos enfrentados pela atividade jurisdicional podem ser classificados em *hard* ou *soft case*. Tem-se um *hard case* quando a matéria é enfrentada pela primeira vez, na hipótese de inexistência de precedente a ser analisado, tampouco uma regra que esteja estabelecida previamente por alguma instituição que sirva de suporte para guiar a decisão, em tal hipótese, é livre a resolução do mérito pelo julgador, desde que siga parâmetros do sistema judicial que esteja inserido. Por sua vez, quando o precedente que se relaciona à situação em análise já existe, está-se diante de um *clear case*, cabendo ao magistrado a sua aplicação obrigatoriamente,

se vinculante, ou levá-lo preferivelmente em consideração, se persuasivo (REDONDO, 2014).

Redondo (2014, p. 16) elucida acerca da diferença classificatória entre o precedente persuasivo e o vinculante:

Entende-se por precedente persuasivo aquele que não deve ser obrigatoriamente aplicado pelo juiz. Ele serve apenas como reforço argumentativo na construção da tese das partes ou como demonstração de acerto do discurso jurídico do juiz. O fato de ser meramente persuasivo não significa que, quando invocado por uma das partes, poderá ser rejeitado sem a devida fundamentação por parte do magistrado. Por outro lado, os precedentes vinculantes são aqueles em que suas razões de decidir devem obrigatoriamente ser aplicadas pelos órgãos jurisdicionais em casos semelhantes.

As decisões judiciais, de forma genérica, funcionam de acordo com um critério hierárquico, sendo tal funcionamento também aplicável aos precedentes judiciais. Como consequência, estes são dotados de eficácia vertical e horizontal. Em razão da eficácia vertical, tem-se que os precedentes vinculantes obrigam os tribunais e juízos que lhe são inferiores a segui-los e respeitá-los. Já a eficácia horizontal está associada à ideia de autorrespeito dos precedentes pelo próprio tribunal que o gerou, seguindo o mesmo raciocínio que estabelece a obediência pelos órgãos inferiores, possibilitando assim a existência de uma jurisprudência sólida (MARINONI, 2013).

### 3.1.2 Diferenciação de outros institutos do Direito Processual Cível

É necessária a distinção entre alguns institutos do Direito Processual Civil e os precedentes judiciais, pois se assemelham em partes com o conceito deste, quais sejam o conceito de jurisprudência, súmula e ementa. A definição de jurisprudência pode ser extraída das lições de Neves (2018, p. 1390):

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões.

A distinção entre precedente e jurisprudência se dá sob a ótica quantitativa. O primeiro faz referência a decisão de apenas um caso, possuindo um caráter objetivo,

por se tratar de uma decisão específica que pode vir a ser usada como a razão de decidir em outros litígios. Já a segunda é composta por uma multiplicidade de julgados, em ordem, que comprovam, de maneira indubitável, o entendimento de um ou mais tribunais sobre uma questão. Como consequência, possui caráter abstrato, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica (SILVA, 2017).

Superada a primeira diferenciação, Neves (2018, p. 1390) conceitua a súmula como “uma consolidação objetiva da jurisprudência”, sendo essa uma enunciação da tese jurídica que retrata o entendimento consolidado por um tribunal sobre um determinado tema, portanto, entende-se a súmula como um instrumento de aplicação do precedente originário e não como um precedente em si mesmo, sendo o enunciado normativo da *ratio decidendi* de uma jurisprudência dominante (SILVA, 2017).

Embora sejam noções distintas, estão intrinsecamente interligadas, pois há, dessa forma, uma linha evolutiva entre o precedente, a jurisprudência e a súmula. Seguindo a lógica, quando um precedente é constantemente aplicado, ele se transforma em jurisprudência, que, se prevalecer em tribunal, poderá ensejar a edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Vale salientar a diferença entre precedente e as ementas extraídas dos julgados, pois, apesar de sua relevância como mecanismo de busca e sumarização das decisões de um tribunal, não é suficiente para refletir o conteúdo de um precedente. De tal maneira, Peixoto (2015 *apud* SILVA, 2017, p. 11) afirma ser a ementa “um documento elaborado a partir do julgado, e não o julgado em si, não tendo aptidão de gerar, de forma autônoma, a eficácia típica dos precedentes”.

### 3.2 TRABALHANDO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS: APLICAÇÃO, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO

As mudanças ocorridas na sociedade nos ramos da tecnologia, do comércio, da indústria, aliadas a complexidade das relações de gênero e relações familiares, intensificaram o sentimento de que as normas jurídicas, bem como as doutrinas, não estavam em conformidade com as novas necessidades e aspirações sociais.



Ademais, novas perspectivas acerca dos direitos fundamentais acentuava a sensação de que a observância aos precedentes, ao invés de figurar como conhecimento assimilado preteritamente, acabava se tornando um fardo pesado para o progresso social, ou seja, na diligência de se estabelecer uma justiça formal, onde os casos similares seriam tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*) se chegaria a uma injustiça ou desigualdade substantiva (BARBOZA, 2011).

Uma das críticas contrárias à aplicação dos precedentes judiciais diz respeito à pressão pela uniformização do direito ou da praxe jurisprudencial, em que a uniformidade é contrária à uma responsabilidade sensível à diversidade local de condições e atitudes sociopolíticas. Dessa forma, atingir a igualdade formal não garante que a igualdade material seja alcançada, fazendo assim com que acabasse coexistindo com uma desigualdade substantiva de tratamento (BARBOZA, 2011).

Conforme aponta Barboza (2011, p. 192), a segurança jurídica garantida através do sistema de precedentes pode atuar de forma contrária às mudanças percebidas pela sociedade, onde pode ocasionar um engessamento do sistema:

Por fim, condena-se o fato de que a pretensa estabilidade e certeza jurídica, a serem garantidas pela utilização dos precedentes, podem atuar contrariamente à ideia de adaptabilidade do direito às mudanças tecnológicas, econômicas e sociais, e às ideias mutantes de bem-estar e de justiça. Uma completa estabilidade restringiria qualquer mudança para adaptação ao progresso.

Nesse plano, é incumbência dos tribunais serem sensíveis para a verificação de quando é necessária a adaptação do direito ou de precedentes já firmados à nova conjuntura político-social, na qual está configurada a sociedade. Tais mudanças acontecem ao custo de uma incoerência ou carência de uniformidade momentânea em relação ao sistema jurídico (MACÊDO, 2019).

Barboza (2011, p. 192) realça que tal falta de coerência momentânea não acarreta na falta de integridade pelo sistema, pois tal ideia está atrelada ao respeito dos tribunais às suas jurisprudências, onde a nova interpretação deve ser condizente com todo o sistema e não somente a decisão anterior:

Ressalta-se que essa incoerência não significa que não se esteja buscando a integridade. A integridade não significa apenas coerência entre as decisões, é mais que isso, exige o respeito ao passado, mas este respeito não significa imutabilidade dos precedentes. Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o

passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.

Hodiernamente, as sociedades se encontram em estágios bem mais complexos. Essa elevação da complexidade torna as normas jurídicas positivas mais propensas a falhas, sendo mais dinâmico o processo de confronto dessas questões pelo Poder Judiciário. Quando existem decisões obsoletas ou uma lei ultrapassada ou uma probabilidade reduzida do Poder Legislativo editar uma nova legislação, aos Tribunais são atribuídos o desenvolvimento das novas interpretações e direções visando uma transformação jurídica ou ao menos interpretativa do direito, pois, a previsão de normas jurídicas cada vez mais abstratas e de textura aberta, junto com as normas que estabelecem direitos fundamentais e princípios constitucionais, geram uma demanda para que os tribunais deem um sentido mais concreto a essas normas abstratas e abertas (REDONDO, 2014).

Dessa maneira, para que se torne possível a adaptação dos precedentes às novas realidades sociais, ou em casos em que se pretende o conserto da decisão, há a previsão, nos sistemas jurídicos adeptos à tradição do *Common Law*, de métodos de aplicação, distinção e superação dos precedentes. Quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior (BARBOZA, 2011).

### 3.2.1 O *distinguishing* como mecanismo de aplicabilidade e distinção dos precedentes

O direito inglês, de 1898 a 1966, adotava uma rígida concepção acerca da teoria dos precedentes judiciais, onde após exarado o precedente, nem mesmo o tribunal que emanou o precedente poderia revogá-lo, apenas o Parlamento poderia fazê-lo. Macêdo (2019, p. 284) afirma que essa rigidez institucional advinha da própria estrutura do Estado inglês:

Tal rigidez advinha da concepção declaratória da jurisdição unida à separação dos poderes. Os tribunais poderiam tão somente reconhecer, declarar o direito vigente, que seria uma expressão dos costumes antigos ou da própria razão, e somente o Parlamento poderia criar, modificar ou extinguir normas jurídicas.

A única maneira de os tribunais modificarem efetivamente o Direito, relativizando a sua indevida rigidez e, conseqüentemente, adequando este as novas situações, era por meio de analogias que tinham como resultado diferenciações ou aproximações entre os fatos que compunham o precedente e os do caso concreto em análise. Dessa maneira, era possível limitar a incidência dos precedentes considerados como insatisfatórios para resolução daquela demanda. Tal forma de aplicação dos precedentes, pelos tribunais e juizes, recebeu a nomenclatura de *distinguishing*, não sendo limitada a sua utilização apenas ao tribunal que emanou o precedente (MACÊDO, 2019).

Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 491) destacam que, logo que ocorra a diferenciação entre o caso concreto que está sendo julgado e o paradigma, núcleo do precedente judicial, haverá o *distinguish*:

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, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Para Tucci (2004, p. 174), o *distinguishing* é um meio de enfrentamento, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”. Dessa maneira, esse método é analisado sob a ótica de duas acepções: a primeira, denominada de *distinguish*-método, se refere ao meio de comparação entre o caso em análise e o paradigma propriamente dito; já o conceito do *distinguish*-resultado se obtém a partir dos casos em que se conclui haver diferença entre o fato e o precedente (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Percebendo, então, o julgador que há distinção entre o caso *sub judice* e aquele que motivou o precedente, poderá ele decidir de duas formas: a primeira, denominada de *restrictive distinguishing*, consiste em interpretar a *ratio decidendi* de uma forma restritiva, entendendo que as particularidades do caso concreto obstam a aplicação da mesma tese jurídica que em outro momento foi utilizada, hipótese em que julgará o processo livremente, sem se vincular ao precedente; já a segunda maneira é designada como *ampliative distinguishing*, que se traduz na possibilidade de estender ao caso em apreciação solução semelhante à conferida a casos

anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

No Common Law a argumentação é casuística, focada nos fatos e na construção da razoabilidade jurídica advinda da ligação entre o direito e os fatos. Já as fundamentações dos julgados são construídas a partir da aproximação e do afastamento dos fatos em análise ao precedente suscitado, demonstrando suas similaridades e diferenciações que possam solucionar ou não a demanda. É correto afirmar, desse modo, que o *distinguishing* é um conceito de elevada relevância para o sistema de precedentes em si, por se tratar do mecanismo mais importante para a efetiva concretização do direito jurisprudencial. Nas distinções, o jurista deverá agir por meio do discernimento analógico entre os fatos que compõem o precedente e os fatos do caso em análise, realizando a identificação de semelhanças e disparidades para que seja demonstrada a sua relevância jurídica, sendo esse arrazoamento por analogia característico da doutrina dos precedentes judiciais (MACÊDO, 2019).

### 3.2.2 As técnicas para a superação dos precedentes – *overruling*, *transformation*, *overriding* e *signaling*

A doutrina dos precedentes judiciais dispõe de técnicas que possibilitam a superação destes, possibilitando assim a sua mobilidade e, conseqüentemente, o avanço do Direito. Todavia, essa superação deve ser tomada como uma medida excepcional, em decorrência de ocasionar uma carência, ainda que temporária, de confiabilidade e previsibilidade do ordenamento, sendo a estabilidade jurisprudencial um dos requisitos imprescindíveis para conferir segurança jurídica ao sistema de precedentes (SILVA, 2017).

O precedente necessita ser alterado caso demonstre o não atendimento aos moldes de congruência social e consistência sistêmica. Da mesma forma, há necessidade de alteração se os valores que embasam o arquétipo de estabilidade, composta pela confiança justificada, a vedação da surpresa injusta e a isonomia, mais justificam sua supressão do que sua preservação. Nesse sentido, para não ocasionar a desestabilização de um sistema com vias para o fornecimento de confiabilidade e seguridade, nem tampouco enrijecê-lo ao ponto de impedir o desenvolvimento jurídico, é necessário o estabelecimento de medidas que orientem os Tribunais no momento de superar seus precedentes (SILVA, 2017).

Ocorre a incongruência social quando as normas jurídicas e os anseios sociais são incompatíveis. Assim sendo, a preservação de um precedente injusto no bojo do ordenamento jurídico descredibiliza o Poder Judiciário perante a sociedade, pois, para o cidadão, a previsibilidade está intrinsecamente atrelada à harmonia entre as normas jurídicas e os fatos cotidianos. Já a inconsistência sistêmica decorre da falta de coerência do julgado em relação às outras decisões, havendo entre elas contradições, incompatibilidades e desajustes, fazendo com que a norma perca a sua consistência e, gerando uma situação de insegurança para o próprio sistema (SILVA, 2017).

Com escopo de organizar os casos em que há carência de congruência social e consistência sistêmica, alvitra-se pautar as hipóteses em que seja necessária a superação de precedentes de maneira mais clara, tornando-as mais facilmente identificáveis no caso concreto.

De acordo com Mello (2008 *apud* SILVA, 2017) a divisão dos precedentes que possuem vícios e necessitam ser superados se perfaz da seguinte forma: Os precedentes contraditórios, que são formados pelos precedentes obscuros, inoperáveis e inconsistentes; os precedentes obsoletos, tenha sua obsolescência sido causada em razão de mutação social ou jurídica; os precedentes errados e os em tempos de exceção.

Inicialmente, tem-se os precedentes contraditórios como gênero que engloba três espécies, quais sejam, os precedentes obscuros, inoperáveis e os inconsistentes. Os precedentes obscuros são aqueles em que, a partir da leitura da decisão proferida pelo tribunal, não é possível extrair do julgado, a *ratio decidendi* de forma precisa. Já os precedentes inoperáveis trazem em seu âmago uma norma inexecutável, impondo aos jurisdicionados um encargo difícil de suportar, como no caso de precedentes que condicionam a sua aplicação a demonstração de provas de disponibilização impossível. Por fim, os precedentes inconsistentes são os julgados que, embora semelhantes com o caso analisado, acabaram sofrendo uma distinção forçada, visando a aplicação de um certo precedente, ou seja, são frutos de um *inconsistent distinguishing* (SILVA, 2017).

A segunda categoria é composta pelos precedentes obsoletos, que por mudanças sociais ou jurídicas, deixaram de refletir a realidade social. Já os precedentes nominados como errados, desde sua gênese já dão indícios de inconsistência e incongruência por não refletirem a realidade sócio-jurídica em que a

sociedade está imersa, seja por ir de encontro a um precedente de maior vinculatividade, confrontando este, seja por carregar conceitos que não condizem como sistema. Finalizando as hipóteses de necessidade de superação dos precedentes encontram-se os precedentes gerados em tempos de exceção, orientados pelo cerceamento de direitos civis, visando a manutenção da segurança (SILVA, 2017).

Considerando que os precedentes não são dispositivos que tem como escopo tornar inflexível a prestação jurisdicional, os países adeptos à tradição do *Common Law* elaboraram as hipóteses de afastamento do mesmo, as *judicial departures*, nas quais estão incluídas o *overruling* e o *overriding* (SPILLARI, 2018).

Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 494) conceituam o *overruling* como sendo a “técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”, podendo acontecer por motivações variadas, seja porque o precedente está obsoleto ou desfigurado; ou quando reputa-se injusto, incorreto ou equivocado; ou no momento em que demonstra-se incapaz de ser executado na prática; ou no instante em que deixa de condizer aos modelos de congruência social ou passa a contrapor-se às premissas morais, políticas e de experiência; ou quando não condiz com o sistema no qual está inserido, não sendo coerente com outras decisões ou outros dispositivos legais. Seja qual for a motivação, o *overruling* se mostra como um meio substancial para a preservação de um sistema estável, que pode ser modificado sempre que preciso, contanto que haja justificativa plausível (REDONDO, 2014).

A comutação de um precedente por outro pode de dar de forma expressa, caso do *express overruling*, quanto de forma tácita ou implícita, caso do *implied overruling*. A primeira hipótese ocorre quando o tribunal aponta expressamente o reconhecimento de novo posicionamento e o renúncia do anterior. Já a segunda hipótese ocorre quando uma nova posição é adotada em dissonância com o anterior, mas sem que haja expressa substituição. A *transformation* é uma espécie de *implied overruling* pois corresponde à uma técnica por meio da qual um tribunal não aplica um determinado precedente, porém tenta harmonizá-lo com a nova orientação (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Quanto à eficácia da alteração, o *overruling* pode ser retrospectivo, prospectivo ou antecipado, variando conforme a opção que o tribunal adote ao sopesar os princípios da juridicidade, da isonomia, da segurança jurídica e da não

surpresa (ou da confiança). Redondo (2014, p. 15) alude acerca do momento em que cada uma dessas espécies irá produzir os seus efeitos:

Quando a anterior orientação (precedente substituído) não pode ser invocada quanto a fatos anteriores à superação e que ainda estejam, pendentes de julgamento. Tem-se o *retrospective overruling*, dotado de eficácia *ex tunc*. Por outro lado, há o *prospective overruling*, dotado de eficácia *ex nunc*, sempre que a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece aplicável aos fatos anteriormente ocorridos e aos processos instaurados antes de sua superação. Quando ainda inexistente efetiva superação do precedente pelo tribunal superior, mas o órgão anterior, já verificando uma tendência iminente de superação ou alteração do mesmo, deixa de aplicar o precedente preventivamente, tem-se o *anticipatory overruling*, que não consiste, a rigor, em revogação antecipada, mas em não aplicação do precedente com base em juízo de probabilidade de sua iminente alteração pelo órgão *ad quem*.

Em relação aos meios e legitimados para o efetuar o *overruling*, este pode ser classificado como difuso ou concentrado. O *overruling* executado pela via difusa pode acontecer em qualquer processo que, ao chegar ao tribunal, possibilite a superação do precedente prévio, uma vez que traz a vantagem de permitir que qualquer interessado possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial. Já o *overruling* pelo meio concentrado ocorre mediante instauração de um procedimento autônomo, cujo objetivo específico é a revisão do entendimento consolidado no tribunal (SPILLARI, 2018).

Em se tratando de uma superação apenas parcial do precedente, tem-se o *overriding*, que ocorre quando o tribunal restringe o âmbito incidental, o qual o precedente abarcaria, em razão da superveniência de uma norma legal, seja ela princípio ou regra, ou de entendimento futuramente consolidado (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015).

Existe, ainda, a denominada *technique of signaling* ou *caveat*, caracterizada por ser um método intermediário entre *distinguishing* e o *overruling*. O tribunal, através dessa técnica, não gera a revogação do precedente, nem tampouco executa uma apropriada distinção. A corte apenas constata que a matéria do precedente está equivocada ou que deve deixar de existir, entretanto, em decorrência da segurança jurídica, não o revoga naquele momento, apontando apenas a sua perda de consistência, sinalizando para a sua provável e futura revogação.

Por último, quando magistrado não se olvida a aplicar um precedente obrigatório ou uma lei que se relacione ao caso, sem que se configure caso de

*overruling* ou *overriding*, tem-se a decisão *per incuriam*, hipótese em que, para que o julgado seja válido, é imprescindível que o julgador demonstre que, ainda que tivesse analisado a lei ou o precedente ignorado, o resultado a que chegaria seria o mesmo que alcançou (REDONDO, 2014).



## 4 A ATUAL PERSPECTIVA CONVERGENTE FRENTE À RESISTÊNCIA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA

Após a exposição acerca da concepção e funcionamento dos Tradições Jurídicas ocidentais, bem como a apresentação do funcionamento dos precedentes, faz-se imprescindível discorrer acerca da atual convergência entre os sistemas para que seja possível a compreensão do panorama jurídico atual.

### 4.1 A CONVERGÊNCIA ENTRE AS DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS

Preliminarmente, faz-se necessária a delimitação dos conceitos de convergência e hibridização para que se possibilite um melhor aporte teórico ao objeto do presente capítulo. Ocorre a convergência quando se efetua a inclusão de alguns institutos, provenientes de distinta tradição jurídica, com o escopo de sanar, de forma mais eficaz, os problemas práticos a serem confrontados pelo sistema jurídico local, sem que acarrete a descaracterização da tradição originária. Já a hibridização, em contrapartida, simboliza a fusão entre tradições diversas, acarretando o surgimento de uma tradição mista a partir da combinação de características estruturais de ambas as componentes. Nesse contexto, a ideia da convergência entre as tradições jurídicas ocidentais configura-se mais apropriada (SPILLARI, 2017).

Por mais que a cultura opere como um fator preponderante para o Direito, esse pode ser definido como um processo social de adaptação, servindo habitualmente como instrumento para a acomodação de práticas. Sendo definida a relação entre Direito e cultura como circular, por haver influência recíproca (MACEDO, 2019).

O movimento de aproximação gradativa entre a *Civil Law* e a *Common Law* vem se consolidando e tem como provável fundamento a globalização, por meio da qual se gera a facilidade para acessar informações, permitindo assim que haja a incorporação de institutos jurídicos e proporcionando o intercâmbio de ideias entre os operadores do Direito. Embora os sistemas jurídicos contemporâneos geralmente apresentem elevadas distinções quanto aos seus fundamentos, o auxílio aos estudos comparados, gerado pela facilidade de acesso às informações relativas a ordenamentos jurídicos estrangeiros, tornaram a difusão de modelos jurídicos ainda

mais usual, acarretando a aproximação entre os sistemas jurídicos e tornando mais robusta a ideia de convergência entre tradições. Conforme preleciona Macêdo (2019, p. 64):

Em tempos recentes, com o surgimento de vários problemas transnacionais e internacionais, cada vez mais numerosos, e com a facilidade de conhecimento das leis, decisões, doutrina e outros dados jurídicos de sistemas estrangeiros, o tráfego de institutos e o diálogo entre países torna-se ainda mais comum, sobretudo no que toca à organização do Estado e problemas de direitos fundamentais. O debate do direito, em diversos aspectos, inclusive no institucional, é levado a um ambiente que trespassa os limites de uma única nação.

Do mesmo modo, vislumbra-se no panorama ocidental a elevação da força dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, aproximando culturas em torno da solução de problemas comuns ou transnacionais. À vista disso, o neoconstitucionalismo contribuiu de maneira ímpar para que se desse essa aproximação pois, a sua teoria dos direitos fundamentais e a materialização dos princípios constitucionais, figuraram como elemento possibilitador de uma maior criatividade por parte do julgador ao realizar a análise do caso, destacando a sua importância para a compreensão da ciência jurídica. Outrossim, os princípios norteadores da seara constitucional são cabíveis em todos os âmbitos, possibilitando assim que sejam publicizadas as situações jurídicas, gerando, dessa maneira, a constitucionalização do Direito (MACEDO, 2019).

Atualmente, a operação com os princípios dá uma nova roupagem à atividade jurisdicional, demasiadamente criativa e, por isso, dependente dos precedentes judiciais. Dessa maneira, torna-se imprescindível a interpretação dos códigos e, conseqüentemente, a composição de um relevante grupo de precedentes, que sirvam como uma espécie de glosa à legislação, esclarecendo-a e garantindo segurança jurídica. À vista disso, percebem-se transformações nos ordenamentos dos países pertencentes à tradição romano-germânica, especialmente no que concerne à concessão de efeitos vinculantes às decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, como na Alemanha, Itália e Espanha (SPILLARI, 2017).

Nesse sentido, percebe-se que, ao passo que é possível idealizar um sistema jurídico que opere unicamente através de precedentes judiciais, é difícil conceber um sistema que recorra exclusivamente às leis, independente de quão completas elas sejam. Tal fato sucede-se pela defasagem inerente à legislação: ao passo que sua

redação paralisa no tempo, a sociedade prossegue e evolui, necessitando assim de um Direito compatível com as suas operações e à progressão de seus valores (MACEDO, 2019).

Mello e Barroso (2016, p. 13) elencam alguns fatos que alavancaram o desenvolvimento da legislação nos países do *Common Law*, tais como o triunfo das ideias democráticas, a assunção de determinados compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rapidamente:

Assistiu-se, assim, à promulgação, na Inglaterra, da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu, de forma inédita no sistema inglês, a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Aprovou-se a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia. E, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei tornaram possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*, bem como previram a nomeação preferencial, pelo prazo de dez anos contados do início de vigência da norma, de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais.

Há um crescimento progressivo acerca da quantidade de *statutes* componentes do *Common Law*, ganhando esses uma maior importância como fonte do direito entre os países adeptos a essa tradição; simultâneo a esse aumento existe também o acréscimo de deveres do Estado moderno. Em contrapartida, há um reforço na relevância dos precedentes enquanto fonte normativa nos países adeptos à tradição do *Civil Law*, visto que a experiência empírica nesses países comprovou que para cada lei há um amplo leque de interpretações. Dessa forma, os países do *Common Law* foram conduzidos a promulgar mais leis com o intuito de elaborar normas jurídicas de maneira mais célere que o julgamento dos casos, concomitantemente, os países do *Civil Law* foram incitados a conferir maior força aos precedentes judiciais, visando aumentar a previsibilidade do julgamento das controvérsias judiciais (SPILLARI, 2017).

Nesse sentido, Losano (2007, p. 345) preleciona que:

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o Common Law está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro *judge made law*, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por

exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um direito jurisprudencial.

De acordo com Macêdo (2019, p. 69), outro elemento que corrobora a aproximação entre as Tradições Jurídicas é a evolução da relevância que é conferida à doutrina no domínio do *Common Law*:

Ainda que as lições doutrinárias signifiquem mais para os juristas de sistemas de *Civil Law*, há um crescimento de importância da doutrina entre os *common lawyers*, especialmente nos Estados Unidos: primeiramente, os trabalhos acadêmicos passam a ser mais citados entre os práticos e, segundo e mais importante, estudos dos professores são cada vez mais utilizados para a formação dos juristas desta tradição, inclusive sendo mais comum os comentários às decisões. Como se sabe, atualmente formação dos juristas do *Common Law* é feita nas universidades, que crescem em importância no direito inglês e são fundamentais na formação do jurista norte-americano.

No que tange a formação dos juristas, a diferenciação moderna é bem sutil. Em ambas as tradições, a formação se desenvolve nas Universidades e nos fóruns. David (2002, p. 387) aduz que “somente em 1758 foi instituído em Oxford um curso de direito inglês; foi necessário esperar até 1800 para que fosse instituído em Cambridge”. Dessa maneira, nota-se que enquanto no *Civil Law* as Universidades passaram a dispor de disciplinas específicas voltadas para a prática, bem como os juristas passaram a se concentrar na evolução da jurisprudência; no *Common Law* iniciou-se a formação dos juristas por meio das Universidades, além de ser atribuída uma maior importância à doutrina (MACEDO, 2019).

#### 4.2 A RECEPÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Consoante o exposto anteriormente, o Brasil é vinculado pela doutrina clássica à tradição romano-germânica. Todavia, Didier Jr. (2015, p. 58) justifica que este não é próprio do *Civil Law* e nem do *Common Law*, dado que institutos peculiares de ambas as tradições foram concretizados e coabitam no direito brasileiro:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais,

inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*Civil Law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.), de óbvia inspiração no *Common Law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *Common Law*.

Dessa maneira, o autor depreende que o direito brasileiro está se desmembrando de sua ascendência romano-germânica, através da constatação de que o sistema jurídico brasileiro é singular, devido operar com institutos das duas maiores tradições jurídicas, algo como um sistema híbrido de jurisdição. Entretanto, a convergência do direito brasileiro ao *Common Law* tem como objetivo específico a instituição do sistema de precedentes, não havendo que se falar em “commonlawlização”. O ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu funcionamento, dificilmente deixará de ser majoritariamente legislado, podendo ser harmonizado com um sistema de precedentes. Sendo assim, mostra-se incorreta a assertiva de que o Brasil está se tornando um sistema misto de jurisdição, bem como a afirmação que existe uma migração para o *Common Law* (SPILLARI, 2017).

De acordo com Spillari (2017, p. 72), a conjuntura brasileira possui motivações específicas para que pudesse ser concretizada tal convergência, como a perda de centralidade dos códigos, o fenômeno do constitucionalismo e as causas repetitivas:

O caso brasileiro possui ainda causas específicas para a convergência, como a perda da centralidade dos códigos, resultado da profusão de leis e da utilização cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados, que conferem ampla margem interpretativa ao juiz e fazem do Poder Judiciário uma fonte criativa do Direito nesses casos. Além disso, destaca-se o impacto provocado pelo constitucionalismo, uma vez que as cortes superiores assumiram um protagonismo para a validade e interpretação das normas, e pelas causas repetitivas, que representam um problema crônico na jurisdição brasileira, difícil de ser solucionado sem a adoção da vinculação e respeito aos precedentes.

Nessa perspectiva, Dinamarco (2016, p. 429) expõe sobre o a nova fase processual efetivada pelo Código de Processo Civil de 2015 e as inovações por ele trazidas:

A oitava fase processo civil brasileiro surgiu mediante a promulgação do novo Código de Processo Civil no ano de 2015, o qual procurou condensar as conquistas obtidas nas fases anteriores, com um grande empenho em coordená-las coerentemente em um sistema harmônico. Vê-se nesse estatuto, com especial destaque: (a) uma veemente exaltação dos ditames constitucionais em sua projeção sobre a ordem processual, (b) um empenho pela operacionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, (c) uma intensa valorização dos precedentes jurisprudenciais, (d) uma verdadeira obsessão a favorecer a aceleração dos processos mediante a supressão de atos desnecessários ou inúteis e (e) a ampliação da aptidão do sistema processual a produzir resultado úteis na sociedade

Assim sendo, ante a sistemática do CPC/2015, é possível afirmar que umas das suas proposições se dá no sentido da concretização de uma maior segurança jurídica, tornando possível a superação dos problemas que foram enfrentados durante a vigência do CPC/1973. Além da proteção dispensada à segurança jurídica, busca-se a racionalidade do direito e do processo, pois, é nesse sentido que se tem uma processualização verdadeiramente especializada, prevista dentro do procedimento comum. Em face do exposto, vislumbra-se a segurança jurídica como uma norma processual implícita de caráter fundamental, independentemente da literalidade do Código (MACEDO, 2019).

No ordenamento jurídico pátrio, os precedentes são definidos como os julgados dos tribunais que constituem normas a serem ponderadas quando confrontadas com casos semelhantes, sejam eles persuasivos ou vinculantes, por sua condição originária ou reconhecimento posterior. Estes foram inaugurados no sistema jurídico pátrio através das decisões do STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e, mais tarde, através da criação das súmulas vinculantes, cuja previsão na Constituição Federal ocorreu com a Emenda nº 45 de 2004 (SPILLARI, 2017).

Perante a aceitação desses institutos, a incorporação da ideia dos precedentes, mesmo os meramente persuasivos, passou a ser cada vez mais uma necessidade, sendo previstos então do art. 926 ao art. 928 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018, np):

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

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

De acordo com Neves (2016, p. 1486), “diferente do que ocorre com o *precedent* do direito anglo-saxão, o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante no direito brasileiro”. Logo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes vinculantes já são concebidos com esse *status*, dado que estão previstos no art. 927 da legislação processual cível, corroborando a ideia de que o Brasil não deixou de ser filiado ao Civil Law (SPILLARI, 2017)

O legislador brasileiro almeja, com o estabelecimento do sistema de precedentes vinculantes, controlar a desordem vivenciada pelo Poder Judiciário no que tange às demandas de massa, promovendo assim a integridade do direito. Para isso se torne factível, mostra-se primordial a idealização de uma teoria dos precedentes obrigatórios adaptada própria à realidade jurídica brasileira, evitando a

simples importação dos conceitos expostos nesse trabalho. Spillari (2017, p. 75) aduz que:

Para que o novo CPC atinja seus objetivos iniciais, é preciso que a referência aos precedentes seja realizada de forma prudente e ética, com a análise das *rationes decidendis* das decisões e os motivos para sua utilização ou não na resolução do caso concreto. Além disso, os magistrados precisam não só realizar o *distinguishing* corretamente, mas também se manter atualizados e observar os precedentes dos tribunais superiores e do seu próprio tribunal, a fim de alcançar a almejada uniformidade da jurisdição. Do outro lado, os advogados devem atuar de forma responsável, sem invocar precedentes que em nada se assemelham ao caso concreto.

Logo, a decisão de obedecer aos precedentes não necessitaria ser algo imposto pelo legislador, mas advir da própria natureza do homem, que, em regra, busca nas experiências do passado a resolução das dificuldades enfrentadas no presente e no futuro.

#### 4.3 A RESISTÊNCIA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA FRENTE A ADOÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Há um elevado número de processos tidos como “repetidos” na jurisdição brasileira, em decorrência de compartilharem a mesma *ratio decidendi* de demandas anteriores, que perduram por anos, até que obtenham do Poder Judiciário uma decisão final, que, por via de regra, deveria ser semelhante, devido compartilharem os mesmos motivos que embasaram a decisão que instituiu o precedente. Afinal de contas, o direito deve ser idêntico para as pessoas que estão na mesma situação de fato e de direito, caso contrário, o direito seria uma loteria. (SILVA, 2004).

Marinoni e Mitidiero (2010, p.18) prelecionam nesse sentido:

Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.

Acontece que, frequentemente, decisões sobre casos similares, proferidas numa mesma época, obtêm respostas jurisdicionais diversas, colidindo assim com o princípio da isonomia, sobretudo proporcionando um ambiente de insegurança jurídica. Nessa perspectiva, a Associação dos Magistrados Brasileiros realizou uma



pesquisa onde almejava-se traçar o perfil da magistratura. Dessa forma, indagou-se aos juízes, em geral, se o magistrado deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes, os resultados são expostos a seguir:

Tabela 1 – JUÍZES DE PRIMERO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	593	76	17	1	687
<b>muito</b>	24,4%	39,8%	13,4%	6,7%	24,9%
<b>Discorda</b>	559	57	26	3	645
<b>pouco</b>	23,0%	29,8%	20,5%	20,0%	23,3%
<b>Concorda</b>	802	41	42	7	892
<b>pouco</b>	33,0%	21,5%	33,1%	46,7%	32,3%
<b>Concorda</b>	476	17	42	4	539
<b>muito</b>	19,6%	8,9%	33,1%	26,7%	19,5%
<b>Total</b>	2430	191	127	15	2763
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	81	8	8	0	97
<b>muito</b>	27,7%	53,3%	23,5%	0,0%	28,0%
<b>Discorda</b>	62	3	6	1	72
<b>pouco</b>	23,0%	29,8%	20,5%	20,0%	20,7%
<b>Concorda</b>	97	3	14	4	118
<b>pouco</b>	33,2%	20,0%	41,2%	66,7%	34,0%
<b>Concorda</b>	52	1	6	1	60
<b>muito</b>	17,8%	6,7%	17,6%	16,7%	17,3%
<b>Total</b>	292	15	34	6	347
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 3 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	60	5	7	3	75
<b>muito</b>	18,2%	27,8%	15,6%	42,9%	18,8%
<b>Discorda</b>	49	2	7	0	58
<b>pouco</b>	14,9%	11,1%	15,6%	0,0%	14,5%
<b>Concorda</b>	115	5	15	2	137
<b>pouco</b>	35,0%	27,8%	33,3%	26,6%	34,3%
<b>Concorda</b>	105	6	16	2	129
<b>muito</b>	31,9%	33,3%	35,6%	28,6%	32,3%
<b>Total</b>	329	18	45	7	399
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 4 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

Opções	Nº absoluto	%
Discorda muito	8	40,0
Discorda pouco	1	5,0
Concorda muito	5	25,0
Concorda pouco	6	30,0
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>100,0</b>

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Além disso, constatou-se que a maioria dos julgadores de primeira e segunda instância consideram que os precedentes vinculantes afetam a sua independência profissional:

Tabela 5 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	629	72	19	4	724
<b>muito</b>	25,9%	37,7%	15,0%	26,7%	26,2%
<b>Discorda</b>	529	53	30	2	614
<b>pouco</b>	21,8%	27,7%	23,6%	13,3%	22,2%

<b>Concorda</b>	773	47	33	7	860
<b>pouco</b>	31,8%	24,6%	26,0%	46,7%	31,1%
<b>Concorda</b>	499	19	45	2	565
<b>muito</b>	20,5%	9,9%	35,4%	13,3%	20,4%
<b>Total</b>	2430	191	127	15	2763
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 6 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	73	7	8	0	88
<b>muito</b>	25,0%	46,7%	23,5%	0,0%	25,4%
<b>Discorda</b>	54	3	5	1	63
<b>pouco</b>	18,5%	20,0%	14,7%	16,7%	18,2%
<b>Concorda</b>	109	5	12	5	131
<b>pouco</b>	37,3%	33,3%	35,3%	83,3%	37,8%
<b>Concorda</b>	56	0	9	0	65
<b>muito</b>	19,2%	0,0%	26,5%	0,0%	18,7%
<b>Total</b>	292	15	34	6	347
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 7 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Justiça	Justiça	Justiça	Justiça	Total
	Estadual	Federal	Trabalhista	Militar	
<b>Discorda</b>	61	6	8	3	78
<b>muito</b>	18,5%	33,3%	17,8%	42,9%	19,5%
<b>Discorda</b>	57	2	7	0	66
<b>pouco</b>	17,3%	11,1%	15,6%	0,0%	16,5%
<b>Concorda</b>	114	4	17	2	137
<b>pouco</b>	34,7%	22,2%	37,8%	28,6%	34,3%
<b>Concorda</b>	97	6	13	2	118
<b>muito</b>	29,5%	33,3%	28,9%	28,6%	29,6%
<b>Total</b>	329	18	45	7	399

100,0%      100,0%      100,0%      100,0%      100,0%

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Tabela 8 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

<b>Opções</b>	<b>Nº absoluto</b>	<b>%</b>
Discorda muito	11	55,0
Discorda pouco	1	5,0
Concorda muito	6	30,0
Concorda pouco	2	10,0
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>100,0</b>

Fonte: Quem Somos. A magistratura que queremos – Associação dos Magistrados Brasileiros (2018)

Desse modo, os dados apresentados revelam um problema grave, que já era do conhecimento da comunidade jurídica, isto é, não há simpatia de parcela considerável da magistratura, nos diversos graus, por um sistema jurídico que funcione por, e com, coerência e integridade. Como consequência, gera-se a fragmentação do sistema, bem como a jurisprudência defensiva, dando margem para a interposição da maioria dos recursos que são observados no sistema pátrio. Se as decisões não são coerentes umas com outras e não obedecem uma integridade vertical, acabam contribuindo para o aumento da insegurança jurídica.

Exceto nas ditaduras, não pode um servidor público, representante de um órgão do Estado, sujeito às leis, fazer imperar suas convicções pessoais em prejuízo da lei. Ainda que o julgamento que contrarie a lei ou o Supremo Tribunal Federal, esteja motivado por boas intenções por parte do magistrado, é certo que os danos causados por milhares de sentenças ou acórdãos em desconformidade com a orientação jurisprudencial das cortes supremas são gigantescos, pois essas sentenças e acórdãos abarrotam os tribunais superiores, tornando a Justiça mais lenta e reduzindo drasticamente a qualidade da prestação jurisdicional. Tal fato pode ser comprovado através do número de recursos especiais e extraordinários julgados procedentes em questões já pacificadas, pois foram proferidas em desconformidade com a jurisprudência dominante. (SILVA, 2004).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos países filiados à tradição jurídica anglo-saxônica, a obediência aos precedentes judiciais é genuína, em decorrência de ser culturalmente disseminada e independer de obrigações legais, figurando a jurisprudência como o elemento nuclear da produção do direito, principalmente após a incorporação da doutrina do *stare decisis*. Em contrapartida, os países adeptos à tradição romano-germânica defrontam-se com realidades distintas, devido o respeito aos precedentes ser tido como algo excepcional para essa tradição, a qual se baseia na ideia de que a lei é a fonte suprema do direito, como representante normativa da vontade do povo, porém atualmente percebe-se um movimento de convergência entre as tradições jurídicas ocidentais.

À vista disso, em um país como o Brasil, adepto ao *Civil Law*, é necessário fornecer razões e métodos para alinhar o sistema precedente com o mais amplo grau de vinculação para se obter sua legitimidade. O novo CPC trouxe para o processo civil brasileiro a tradição dos precedentes, na busca de garantir a segurança jurídica através de um Poder Judiciário mais coeso em suas decisões. Os artigos 926 e 927 trouxeram folego para que a doutrina buscasse produzir uma teoria de precedentes voltadas à realidade brasileira, onde a lei ainda é fonte primária do direito. Nesse sentido, foram abordados conceitos e técnicas considerados chave para estruturação de um sistema de precedentes. A técnica utilizada para aplicação dos precedentes, o *distinguishing*, consiste no confronto de casos através da qual é realizada a comparação entre os casos para avaliar a sua aproximação ou diferenciação.

Sendo constatada a semelhança entre casos, o precedente deverá ser aplicado ou em algumas hipóteses será possível a superação do precedente e a criação de uma nova *ratio decidendi*. Para se estar diante de uma situação na qual é legítimo se cogitar da superação do precedente, é preciso que o caso apresente inconsistência sistêmica e/ou incongruência social, sendo a primeira caracterizada pela incompatibilidade do precedente perante outras normas e a segunda pela incompatibilidade entre a norma expressa no precedente e a realidade social, cultural e tecnológica identificada na sociedade ao tempo da análise.

Vivencia-se hodiernamente, no direito brasileiro, uma realidade onde se percebe um aumento abrupto do grau de imprevisibilidade das decisões judiciais,

surpreendendo assim os operadores do direito no que tange aos desfechos alcançados nas demandas. Por conseguinte, o sistema brasileiro de jurisdição urge por segurança jurídica e isonomia, sendo imprescindível que haja previsibilidade na prestação jurisdicional, a fim de que se evitem as demandas de massa e para que seja possível a concepção de um ordenamento jurídico estável, visando definir com clareza o direito posto

A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual e à maior eficiência.

Em contrapartida, os magistrados brasileiros são resistentes quanto à adoção do sistema de precedentes judiciais, por julgarem ser ofensivo ao princípio do livre convencimento motivado do magistrado, afetando assim a eficácia do sistema implantado pelo CPC/15 e implicando em uma maior morosidade da justiça, sendo tal comportamento contrário a celeridade processual.

Porém, a partir do exposto, percebe-se que a despeito da vinculatividade criada pelos precedentes, a doutrina do *stare decisis* não viola a garantia da independência funcional dos juízes, uma vez que esta não é um fim em si mesma, nem um poder do juiz, mas um dever de decidir de acordo com o ordenamento jurídico como um todo, onde se encontram os precedentes vinculantes, sem ingerências do mundo exterior. Da mesma forma que o juiz tinha o dever de seguir o que determinava a lei e a Constituição, deverá agora observar o que dizem os tribunais por meio dos seus precedentes.

## REFERÊNCIAS

AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos? A magistratura que queremos**. Rio de Janeiro. 2018

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, Curitiba.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: ícone, 2006.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2021.

CASTRO, Amilcar de. O DIREITO E A ORDEM JURÍDICA. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, [S.l.], n. 7, p. 109-125, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/943>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - Volume 2 - 10. ed.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2016.

FRANCH, Alfredo Aurélio Parada. **Comparação entre o Direito dos Contratos no Brasil e no *Common Law* dos EUA**. Orientador: Paulo Nalin. 2004. 86 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2004. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/41656>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen**; (tradução João Baptista. Machado). 6. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2019.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **O Projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, p. 9-52, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único – 10ª ed.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial no direito processual civil brasileiro**. *Direito jurisprudencial*, v. 2, p. 167-188, 2014.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Bruno Mattos e. A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6101>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Rodrigo Fragoas da. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil: as técnicas de distinção e superação de precedentes**. Orientador: André Fontes. 2017. 46 f. TCC (Graduação) – Direito, Escola de Ciências Jurídicas, UNIRIO, Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <[https:// http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-rodrigo-fragoas-da-silva](https://http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-rodrigo-fragoas-da-silva)>. Acesso em: 15/04/2021.

SPILLARI, Ana Carolinne Dantas. **Precedentes vinculantes: o art. 927 do Código de Processo Civil e seus impactos na tradição jurídica brasileira de civil law**. 2017. 82 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.



TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I) O que é “Common Law”, em particular, a dos EUA**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67360/69970/>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.