

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DIOGO HENRIQUE MENDES RIBEIRO

A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARÍLIA
2015

DIOGO HENRIQUE MENDES RIBEIRO

A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado. Linha de pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica).

Orientador:
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARÍLIA
2015

RIBEIRO, Diogo Henrique Mendes.

A vinculação aos precedentes no Novo Código de Processo Civil / Diogo Henrique Mendes Ribeiro; orientador: Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2015.

171 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília — UNIVEM, Marília, 2015.

1. Precedentes judiciais. 2. Segurança jurídica. 3. Novo Código de Processo Civil.

CDD: 341.46

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus**,
por ter me dado forças para concluir a presente pesquisa.

Aos meus pais, **Ângelo** e **Maria Emília**, e meu irmão, **Bruno Henrique**,
pelo apoio incondicional que me deram durante toda minha existência.

À minha namorada, **Francesli Hirata**,
não só pelo apoio incondicional,
mas por ter compreendido minha ausência
durante a realização deste trabalho.

Ao Professor **Luís Henrique Barbante Franzé**,
pela atenção, dedicação e paciência despendidas na orientação
e pelas aulas ministradas durante o Curso de Mestrado,
as quais contribuíram muito para meu crescimento pessoal e profissional.

Aos amigos do **Grupo de Pesquisa "Constitucionalização do Direito Processual"**,
especialmente aos Professores Nelson Finotti Silva e Luís Henrique Barbante Franzé,
por proporcionarem a reflexão incessante acerca
do tema dos precedentes judiciais.

Ao amigo **Renato da Silva Souza**, que me apoiou em meu trabalho
no Cartório de Registro de Imóveis de Andradina
enquanto eu realizava a presente pesquisa.

Dedico este trabalho ao meu tio Sérgio Luís Ribeiro,
exemplo de ser humano, que deixou muitas saudades
nos corações de todos aqueles que o conheciam.

Diogo H. M. Ribeiro. Junho de 2015.

"O poder do precedente depende de alguma assimilação entre o evento em comento e algum outro evento. A tarefa de uma teoria do precedente é explicar, em um mundo em que o único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não"¹.

Frederick Schauer

¹ No original: "The power of precedent depends upon some assimilation between the event at hand and some other event. The task of a theory of precedent is to explain, in a world which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and other are not".

RIBEIRO, Diogo Henrique Mendes. **Vinculação aos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

A ausência de uniformidade jurisprudencial é um sério problema do sistema jurídico brasileiro. Isto se dá em razão de uma leitura exagerada do livre convencimento, de modo que é possível afirmar que não existe uma preocupação dos magistrados brasileiros em manter a coerência, integridade e estabilidade do Direito, configurando o que alguns autores denominam de "loteria judiciária". A falta de um grau mínimo de previsibilidade nos resultados das decisões judiciais gera insegurança jurídica, instabilidade e incoerência no sistema, contribui para a perda de credibilidade do Judiciário perante a sociedade, e ainda favorece a desigualdade entre os jurisdicionados, tendo em vista que mesmo em situações semelhantes, estes recebem respostas antagônicas da Justiça. Essas foram algumas das questões que inspiraram a vinculação aos precedentes judiciais na criação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Entretanto, surgem diversos problemas a serem enfrentados, tendo em vista que nossa cultura jurídica, filiada à *civil law*, precisa passar por um processo de adaptação para se adequar à utilização de precedentes judiciais, principalmente com relação à qualificação dos operadores do Direito, que não estão acostumados a utilizar precedentes judiciais. A mera modificação legislativa não será capaz de impor uma política de vinculação aos precedentes judiciais sem que haja a adequação do sistema jurídico como um todo. Por essa razão buscou-se no presente trabalho compreender o que são os precedentes judiciais, a forma como são aplicados nos países influenciados pela *common law*, a viabilidade de se utilizar precedentes no sistema brasileiro, e por último, como o Novo Código de Processo Civil estabeleceu a vinculação aos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Segurança jurídica. Novo Código de Processo Civil.

RIBEIRO, Diogo Henrique Mendes. **Binding to the precedents with the New Code of Civil Procedure**. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

The absence of judicial uniformity is a serious problem of the Brazilian legal system. This happens because of an exaggerated reading of free conviction, so that it can be said that there is no concern of judges to maintain the consistency and stability of Law, setting what some authors call "judicial lottery". The lack of a minimum degree of predictability in the results of judgments creates a legal uncertainty, instability and inconsistency in the system, contributing to the loss of credibility of the judiciary in society, and fosters an inequality, given that even in similar situations, antagonistic responses of Justice. These were some of the reasons that inspired attach the judicial precedents in the creation of the New Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/15)". However, there are many problems to be confronted, whereas that our legal culture, affiliated to the *civil law*, must go through a process of adaptation to use the judicial precedents, especially the qualification of legal professionals, that are not familiarized with that. The mere legislative amendment will not be able to impose a binding policy on judicial precedents without the adequacy of the law and the legal system operators as a whole. For this reason, in this study sought up to understand, what are the legal precedents, the way they are applied in countries influenced by the common law, the feasibility of using precedents in the Brazilian system and finally, as the New Code of Civil Procedure established the binding of judicial precedents.

Keywords: Judicial precedents. Legal Certainty. New Code of Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

p.: Página

sec.: Século

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

PL: Projeto de Lei

CEDH: Corte Européia de Direitos Humanos

ECHR: *European Court of Human Rights*

CPR: *Civil Procedure Rules*

TJCE: Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

ECJ: *European Court of Justice*

CIJ: Corte Internacional de Justiça

ICJ: *International Court of Justice*

EUA: Estados Unidos da América

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

CONAMP: Conselho Nacional do Ministério Público

AJUFE: Associação dos Juizes Federais

AMB: Associação dos Magistrados Brasileiros

ANAMATRA: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho

NCPC: Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)

MP: Ministério Público

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

STM: Superior Tribunal Militar

TST: Tribunal Superior do Trabalho

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	11
1.1 Evolução histórica da <i>common law</i> na Inglaterra.....	11
1.2 O surgimento dos precedentes judiciais no direito inglês.....	16
1.3 Conceito de precedente judicial.....	20
1.4 A <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	22
1.4.1 Métodos de determinação da <i>ratio decidendi</i> na <i>common law</i>	26
1.4.2 Julgados com duas ou mais <i>rationes</i>	31
1.4.3 O processo de formação da <i>ratio</i>	34
1.4.4 A interpretação da <i>ratio</i> e o enquadramento dos fatos em categorias.....	35
1.5 A autoridade dos precedentes judiciais.....	38
1.6 As técnicas de utilização dos precedentes judiciais.....	42
1.6.1 <i>Overruling</i>	44
1.6.2 <i>Distinguishing</i>	49
1.7 A vinculação aos precedentes no direito estrangeiro.....	52
1.7.1 Inglaterra.....	53
1.7.2 Estados Unidos da América.....	63
1.7.3 Itália.....	80
1.7.4 Portugal.....	81
1.7.5 Tribunais Internacionais.....	84
1.7.5.1 Corte Européia de Direitos Humanos.....	84
1.7.5.2 Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.....	85
1.7.5.3 Corte Internacional de Justiça.....	86
CAPÍTULO II - A VIABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO.....	88
2.1 Aproximação entre as tradições da <i>common law</i> e <i>civil law</i>	88
2.2 Aproximação entre o processo civil brasileiro e o <i>stare decisis</i>	91
2.3 Breve análise da atividade jurisdicional no Brasil do século XXI.....	94
2.4 A questão da (in)segurança jurídica no Brasil.....	97
2.5 Aspectos da cultura jurídica brasileira e os precedentes judiciais.....	100
2.5.1 O ensino jurídico.....	100
2.5.2 A falta de preocupação dos tribunais em manter sua própria jurisprudência.....	104
2.5.3 Excesso de divergência jurisprudencial.....	105
2.5.4 Utilização inadequada dos precedentes.....	106
2.6 Adaptações necessárias para se operar com precedentes judiciais.....	108
2.6.1 Qualificação dos estudantes e operadores do Direito.....	108
2.6.2 Organização e atualização de repositórios oficiais de precedentes judiciais.....	110
2.6.3 Divulgação dos precedentes judiciais para a sociedade.....	112
2.6.4 Conscientização da utilidade de um sistema de precedentes.....	113
2.6.5 Adaptações na elaboração das ementas.....	115
2.7 Precedentes judiciais no Brasil: uma prática possível?.....	116

CAPÍTULO III - A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	120
3.1 Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil	120
3.2 A mudança no papel das Cortes diante do novo sistema recursal	123
3.2.1 A 1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil do TRT da 18ª Região	126
3.2.2 A formação dos precedentes nas Cortes e as decisões plurais	127
3.2.3 O problema da "pseudocolegialidade"	130
3.3 A definição de precedente no NCPC	131
3.4 Precedente, súmula e jurisprudência?	134
3.5 A autoridade dos precedentes judiciais no NCPC	137
3.5.1. Incidente de assunção de competência	141
3.5.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas	142
3.5.3 Recurso especial e extraordinário repetitivos	145
3.5.4 A questão da autoridade das súmulas	146
3.5.5 A questão da fundamentação da decisão judicial - art. 489, §1º	149
3.6 Modificação de entendimento (<i>overruling</i>)	153
3.7 Distinção entre os casos (<i>distinguishing</i>)	154
3.8 Divulgação dos precedentes	155
3.9 Reclamação	157
CONCLUSÕES	158
REFERÊNCIAS	162

INTRODUÇÃO

No Brasil, é possível encontrar todo e qualquer tipo de tese apoiada pelos tribunais, mesmo estas sendo totalmente incompatíveis. Isto porque de uma forma geral os juízes e tribunais não se preocupam em manter a coerência, integridade e uniformidade entre seus próprios entendimentos, e os modificam em espaços curtíssimos de tempo, de modo que não existe qualquer uniformidade jurisprudencial.

Esse problema relacionado ao exagero da divergência jurisprudencial faz com que a sociedade perca a confiança no Judiciário, incentiva o litígio, promove a desigualdade entre os jurisdicionados, gera insegurança jurídica e contribui para a morosidade processual.

Todos esses problemas foram reconhecidos e enfrentados pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e, desse modo, esta trouxe, como possível solução a esses problemas, a vinculação aos precedentes judiciais da *common law*, para a nova legislação processual civil.

Após muitos debates nas Casas Legislativas e em audiências públicas realizadas por todo o País, foi sancionado o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), instituindo uma política de vinculação aos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, surgem diversas questões a serem enfrentadas, tendo em vista que em nosso sistema não existe uma cultura de precedentes judiciais, até mesmo por ser um sistema filiado à *civil law*, onde predomina a legislação como fonte de aplicação do Direito.

Uma das principais questões a ser enfrentada diante da vinculação aos precedentes é a relacionada ao ensino jurídico no Brasil, nossa cultura jurídica, de *civil law*, faz com que o ensino jurídico tenha o foco principal na legislação e não em casos concretos, como ocorre nos países de *common law*. Essa situação faz com que os operadores do Direito não estejam preparados para utilizar precedentes judiciais, por não estarem familiarizados à conceitos como *ratio decidendi* (fundamentos determinantes), *obiter dictum*, nem conhecer as técnicas de *distinguishing* e *overruling*.

Ainda, a forma como os operadores do Direito no Brasil utilizam a jurisprudência é totalmente inadequada frente à um sistema de precedentes. O exercício de "copiar e colar" ementas para justificar uma determinada tese é totalmente incompatível com a prática de precedentes judiciais, até mesmo porque as ementas são meros resumos da opinião do tribunal e muitas vezes é impossível identificar os fatos do caso e a *ratio decidendi* em seu conteúdo.

Sem uma análise minuciosa dos fatos, é impossível verificar a aplicabilidade do precedente judicial ao caso concreto atual, por isso não raras vezes observa-se operadores do Direito invocando ementas de acórdãos para justificar suas teses, mas com fatos totalmente diferentes do seu caso.

Esses são alguns dos problemas culturais do sistema jurídico brasileiro que deverão ser enfrentados diante de uma política de vinculação aos precedentes judiciais, conforme impõe a nova legislação processual civil.

A questão não é fácil de ser enfrentada, por essa razão, não se busca impor uma resposta definitiva sobre o tema, mas sim contribuir para a conscientização da comunidade jurídica sobre o funcionamento de um sistema de precedentes judiciais, bem como seus benefícios, para em um segundo momento analisar o contexto brasileiro e o impacto da imposição legal de vinculação aos precedentes judiciais através do Novo Código de Processo Civil.

Para atingir esse objetivo, foi trabalhado no primeiro capítulo a compreensão dos principais conceitos relacionados aos precedentes judiciais, imprescindíveis para a utilização destes como fonte de aplicação do Direito, como conceito de precedente judicial, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e *distinguishing*, bem como buscou-se analisar a vinculação aos precedentes judiciais no direito estrangeiro, com enfoque nos principais sistemas de *common law* (Inglaterra e Estados Unidos da América), nos países que influenciaram o direito processual civil brasileiro (Itália e Portugal), e nos Tribunais Internacionais.

No segundo capítulo, buscou-se analisar a viabilidade de vinculação aos precedentes no sistema brasileiro, enfrentando as questões do atual cenário jurisdicional, a crise de insegurança jurídica, os problemas culturais que poderão consistir em obstáculos frente à uma política de vinculação aos precedentes judiciais, para ao final, propor as alterações (adaptações) que entende-se necessárias ao nosso sistema para se operar adequadamente com precedentes judiciais.

No terceiro e último capítulo, buscou-se analisar os dispositivos do Novo Código de Processo Civil relacionados ao tema, que entrará em vigor somente no próximo ano, e instituirá uma política de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil.

Foram utilizados principalmente os métodos bibliográfico e documental durante a realização da presente pesquisa.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Neste primeiro capítulo, busca-se em um primeiro momento a compreensão acerca dos principais conceitos relacionados aos precedentes judiciais, para em seguida analisar como funciona a vinculação aos precedentes no direito estrangeiro.

De acordo com Marinoni (2013, p. 212), "é vital saber usar o precedente, identificando-o como algo que, ao mesmo tempo que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e os novos tempos".

Portanto, o estudo sobre precedentes deve ser minucioso para que a utilização desta ferramenta traga benefícios ao sistema jurídico, como segurança jurídica e promoção da igualdade entre os jurisdicionados.

Levando-se em consideração que o Novo Código de Processo Civil trouxe uma política de vinculação aos precedentes judiciais para o sistema brasileiro, da *common law*, será necessário compreender os principais conceitos acerca do assunto. Entretanto, como condição essencial para a compreensão da vinculação aos precedentes, neste primeiro momento faz-se necessário compreender como surgiram os precedentes judiciais, durante o desenvolvimento do direito inglês, berço da tradição *common law*.

1.1 Evolução histórica da *common law* na Inglaterra

De acordo com David (1996, p. 279), todo o estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. Em razão disso, será estudada a evolução histórica da *common law* no direito inglês, para se compreender o contexto no qual surgiram os precedentes judiciais.

A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês². David (1996, p. 285) assevera que podem ser reconhecidos quatro períodos principais na história do direito inglês:

² David (1996, p. 283), ao analisar as origens do sistema de *common law*, explica que: "Este não conheceu nem a renovação pelo direito romano, nem a renovação pela codificação, que são características do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. Desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu".

O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas 'regras de equidade'. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.

Antes da conquista dos normandos, a Inglaterra é governada por um direito primário, que se poderia classificar de direito anglo-saxão. Deste período, até o início da dinastia dos Tudors, no final do século XV, o francês impõe-se a um só tempo como língua da corte, dos diplomatas e dos juristas³.

De acordo com Barboza (2014, p. 41), as origens da *common law* remontam à conquista normanda da Inglaterra⁴ no ano de 1066, com a Batalha de Hastings, que levou à centralização do governo, incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal.

A experiência administrativa e a organização do feudalismo inglês, trazidos pelos normandos, foram os principais elementos que favoreceram o desenvolvimento da *common law*, ou *cumune ley*. A partir desses elementos surgiu um “direito comum” a todo o Reino da Inglaterra⁵:

³ "O francês constitui a língua palaciana até o início da dinastia dos Tudors, no final do século XV; o seu uso era corrente nos Tribunais Reais, onde o uso da língua inglesa vai se perdendo, à medida que cresce a competência dos Tribunais Reais. Por outro lado, a língua francesa é cada vez menos falada e vai sendo gradualmente abandonada pelos autores, a favor do inglês, a partir do séc. XVI; após tentativas frustradas levadas a cabo em 1362 e, por Cromwell, em 1650, será necessário esperar pelo ano de 1731 para ver consagrada oficialmente a exclusividade da língua inglesa, pela abolição quer do francês, quer do latim". (DAVID, 1996, p. 286).

⁴ “A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra.” (DAVID, 1996, p. 285).

⁵ “Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juizes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em

Este direito, em 1066, não existe. A assembléia dos homens livres, chamadas *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 qualquer 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 cristiandade. 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. (DAVID, 1996, p. 286).

Antes desse período coexistiam normas de origem germânica e normas do direito romano e canônico que foram introduzidas a partir da cristianização do século VII (POZZOLI 2003, p. 42).

A *common law*, em conflito aberto com os costumes locais difundidos, é obra exclusiva dos Tribunais Reais, conhecidos como Tribunais de Westminster. Tais tribunais se opõem durante cinco séculos às inúmeras jurisdições senhoriais, que tiram seus princípios do direito feudal, e eclesiásticas, que tiram seus princípios no direito canônico (SÉROUSSI, 2006, p. 19).

A *common law* passou a ter regras procedimentais rígidas, bem como remédios preestabelecidos. Entretanto, aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões poderiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão. Em razão disso, paralelamente à *common law*, também desenvolveu-se no direito inglês um conjunto de regras denominado *equity*.

A *equity* foi um conjunto de regras que se desenvolveu em paralelo com a *common law*. Em razão do aumento dos recursos ao rei, este indicou um tipo de Conselheiro (*chancellor*), a quem foi dado o poder de decidir diferentemente do direito tal como definido pelas decisões da *common law*, no interesse da justiça, criando-se assim um Tribunal paralelo à *common law*, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*). Quando o *chancellor* entendia

oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law*, significava o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para o outro.” (BARBOZA, 2014, p. 41).

que a petição estava devidamente fundamentada, ele expedia uma ordem (*writ*) ao xerife ou lord local.

De acordo com Barboza (2014, p. 42) a "*equity* foi apoiada pelos interesses absolutistas dos últimos Tudors e Stuart, que buscavam apoiar-se no direito romano e contrapor-se à *common law*, especialmente às suas limitações impostas à atividade legislativa do rei ou do Parlamento".

Nas palavras de David (1996, p. 297), "a revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romano-germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler".

Desse modo, por alguns séculos, dois sistemas jurídicos existiram lado a lado na Inglaterra. Geralmente a *equity* acabava por funcionar de modo supletivo à *common law*, quando não havia remédio adequado ou mesmo de modo a aprimorar aquele sistema, quando este não atendia aos anseios sociais.

De acordo com Séroussi (2006, p. 21):

A *common law*, julgada coerciva e espreitada por uma perigosa esclerose devido a um formalismo muito acentuado, descontenta vivamente os indivíduos. Estes, insatisfeitos com as decisões de *common law*, vão voltar-se para a coroa real para que ela corrija alguns excessos dessa ramificação maior do direito inglês.

Tecnicamente, esse pedido é dirigido ao chanceler do rei - originariamente um eclesiástico -, que é então a um só tempo seu confessor e sua consciência.

Pontual na origem, essa prática de recurso ao chanceler logo se sistematiza. O chanceler 'se emancipa' e torna as decisões equitativas, morais, visando não modificar a *common law*, mas sim completá-la, acrescentando-lhe emendas ou corrigi-la conforme o caso.

A *equity* era inspirada no direito canônico e romano e seu processo era escrito e secreto, diverso da *common law*, que era oral e público.

Os dois sistemas foram unificados pelo *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve, uma fusão procedimental, mas não substantiva da *common law* em sentido estrito e da *equity*. Apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras de *common law* ou de *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a tribunais (DAVID, 1996, p. 300).

As regras de *common law* e de *equity* podem dali em diante ser invocadas e aplicadas numa ação única e perante uma jurisdição única: a Suprema Corte de Justiça (*Supreme Court of Judicature*).

Sobre a *common law* e a *equity*, Ramires (2010, p. 63) explica que:

O formalismo desse sistema era absolutamente rígido, o que dificultava muito o acesso à justiça. Assim, gradualmente foi surgindo uma 'jurisdição paralela' à *common law*, chamada *equity law*, que era administrada por um Chanceler (*Counsellor*), originalmente um prelado confessor do monarca, cognominado '*the keeper of the king's conscience*' ('o guardião da consciência do rei'); com a reforma anglicana de Henrique VIII, o cargo deixou de ser prerrogativa eclesiástica. A *equity law* desenvolveu as suas próprias regras, de forma independente da *common law*, até que os *Judicature Acts* de 1873 e 1875 vieram a suprimir as Cortes do Chanceler (*Courts of Chancery*) e unificar os dois sistemas de direito, sob a competência das Cortes comuns.

Barbosa (2014, p. 44) explica que "a *equity* foi importante na formação do direito inglês, especialmente para estabelecer princípios gerais do direito, além de promover a justiça e os anseios da sociedade".

No direito interno da Inglaterra, excetuando-se o direito proveniente da Comunidade Européia, uma regra pode ser proveniente de um ato do Parlamento (*statute law*) ou das Cortes de Justiça do Reino (*common law* em sentido lato, que compreende a *common law* e a *equity*).

O poder do Rei e do Parlamento devia ser limitado pela *common law*. Nesse sentido, Bobbio (2006, p. 33) afirma que na Inglaterra permaneceu sempre nominalmente em vigor o princípio segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum.

É importante destacar que o direito inglês sofreu pouca influência do direito romano. Em que pese ter havido uma recepção do direito romano, especialmente no período dos Tudors (1485-1603), inclusive com a introdução do ensino deste em Oxford e em Cambridge por Henrique VIII, esta influência se deu de forma marginal, uma vez que não conseguiu influenciar os tribunais de *common law*, que tinham pessoal com formação própria e nos quais predominava o velho direito feudal de origem normanda (BARBOZA, 2014, p. 48).

Ainda, outro ponto de rejeição do direito romano pela Inglaterra se dá na medida em que aquele estava ligado à questão religiosa e, com a Reforma Anglicana, rejeitou-se qualquer direito que estivesse ligado aos canonistas ou ao Papado.

Nas palavras de Lima (2013, p. 94):

O caráter ‘imperial’ do Direito Romano, próprio de um governo absolutista e politicamente inapropriado para os reis e os proprietários de terra ingleses, a descentralização geográfica do restante da Europa, o desenvolvimento de um sistema jurídico particular e comum ao espaço geográfico inglês baseado nos costumes locais (*common law* ou *comune ley*), são alguns dos motivos que evitaram a expansão do sistema europeu-continental pela Inglaterra e territórios fronteiriços.

Por outro lado, Bustamante (2012, p. 5) sustenta que “quando se olha para a *common law* da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico”:

[...] pois em ambos se pode notar não apenas ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de ‘interpretes autorizados’ – em Roma, os juriconsultos; na Inglaterra, os juizes – que têm a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica.

Esse contexto histórico é importante, porque demonstra a evolução da *common law* ao longo do tempo e, por corolário, demonstra o contexto no qual surgiu a teoria do precedente judicial.

1.2 O surgimento dos precedentes judiciais no direito inglês

Diferentemente da *civil law*, na qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, na *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente (BARBOZA, 2014, p. 44).

Desse modo, o fundamento de validade dos institutos jurídicos da *common law* é o precedente judicial, isto porque se a *common law* é formada por decisões judiciais dadas para casos concretos, e a partir dessas decisões se extrai a norma de direito genérica, é absolutamente essencial para a sobrevivência desse sistema que o precedente seja obrigatório.

Sobre o assunto, Nogueira (2013, p. 121) explica que a partir do momento em que o juiz cria o direito partindo da solução de um caso concreto, seria inimaginável a ausência de continuidade da regra de direito fixada naquele caso específico, e faz a seguinte analogia:

Basta imaginarmos, em países membros da família *civil law*, que uma lei pudesse ser aprovada e publicada em um dia, estabelecendo uma conduta a

ser seguida pelos cidadãos, e no dia seguinte uma outra lei, em sentido contrário, fosse também aprovada e publicada, e assim sucessivamente. Em pouco tempo teríamos um verdadeiro caos jurídico, sem que ninguém pudesse afirmar com um mínimo de segurança qual das leis estaria em vigor e qual regra de conduta seria lícita.

Desse modo, a vinculação aos precedentes judiciais decorre de uma necessidade particular da tradição jurídica *common law*. A força vinculante dos precedentes judiciais na *common law* é uma consequência lógica, tendo em vista que se o Direito é construído jurisprudencialmente, esta construção deve ter força obrigatória.

Na verdade, durante a evolução do sistema inglês, berço da *common law*, houve a preocupação dos juristas ingleses com a efetiva relevância das pretéritas decisões prolatadas em casos análogos. Por isso se estabeleceu uma cultura de respeito aos precedentes. Contudo, existia também a dificuldade em se saber a real vinculação dos precedentes, a possibilidade de serem alterados e o que poderia ser considerado efetivamente um precedente.

Notou-se, portanto, que em uma decisão, era necessário destacar a parte do julgado que realmente refletia o conteúdo decisório objeto de apreciação pela Corte (*ratio decidendi*) das reflexões laterais, que embora fizessem parte dos fundamentos da decisão, não possuíam significativa importância para o resultado do julgamento (*obiter dictum*), no sentido de identificar qual parte da decisão judicial vincularia os casos futuros.

Nas palavras de Lima (2013, p. 100):

Nem sempre o precedente judicial no sistema inglês teve força vinculante, passando, na verdade, a auferir esse *status* definitivamente no ano de 1898, julgado o caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, oportunidade na qual a *House of Lords* reconheceu a obrigatoriedade de seguir a sua anterior decisão. Na mesma ocasião, foi mais além e determinou também a obrigatoriedade de vinculação das cortes inferiores à sua decisão.

Retratando decisões anteriores nas quais foi reconhecida a doutrina da vinculação ao precedente, o aludido autor continua sua explicação:

Não se desconhece, contudo, o fato de que, anteriormente ao exame de tal caso, a doutrina da vinculação do precedente (*Doctrine of Binding Precedent*) foi enunciada no julgamento *Beamish v. Beamish*, em 1861, e repetida no caso *Bradford v Pickles*, em 1895.

Posteriormente, em 1966, por meio do *Chancellor* (Chanceler) Lord Gardner em uma resolução específica, o *Practice Statement of Judicial Precedent*, cuidou-se de aprimorar a doutrina da vinculação ao precedente, explicando em quais hipóteses estaria o tribunal

autorizado a rever uma anterior orientação, seja para aprimorar a decisão, seja para evitar uma injustiça, seja ainda para garantir a própria evolução da Ciência Jurídica.

Em momento muito anterior, mais precisamente em 1607, Edward Coke invocara a autoridade do precedente no *case of prohibitions* para limitar o poder do rei de decidir casos (BARBOZA, 2014, p. 195).

Ainda, nas palavras de Barboza (2014, p. 195):

Um precedente importante foi o incidente que aconteceu em 1483 quando a Câmara de Exchequer (*Exchequer Chamber*) decidiu por maioria um caso originado na *Court of Common Pleas*. Quando o presidente da Corte de *Common Pleas* julgou, ele explicou que discordava da decisão da Câmara, mas que estava vinculado ao compromisso de adotar o ponto de vista majoritário. O princípio majoritário vinculava, dessa feita, os juízes que participavam do julgamento.

A preocupação dos ingleses com a segurança jurídica e a estabilidade de seu sistema jurídico é muito antiga. Não se esperava, na *common law*, que a segurança viesse da lei, mas sim da construção jurisprudencial, e mais precisamente, da força vinculante dessa construção.

Barboza (2014, p. 195) nos explica ainda que, no século XVII, foi definido que uma decisão da Câmara de Exchequer seria um precedente vinculante, defendendo-se que uma decisão colegiada de uma Corte tinha quase a mesma hierarquia que uma lei promulgada pelo Parlamento. Neste época, apenas as decisões da Câmara de Exchequer criavam *binding precedents* (precedentes vinculantes), nem as decisões da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) tinham esta autoridade.

Portanto, seguir precedentes faz parte da própria cultura da *common law*, decorrente de uma preocupação enorme com a estabilidade e coerência da jurisprudência, já que o Direito era construído a partir dela.

Ainda, deve-se destacar que a doutrina dos precedentes, apesar de anterior, não é sinônima de *stare decisis*⁶. Nas palavras de Streck e Abboud (2013, p. 39), "confunde-se, cotidianamente, *stare decisis* com a doutrina dos precedentes":

A doutrina dos precedentes se estruturou no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época.

⁶ Ramires (2010, p. 65) explica que "a expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina '*stare decisis et non quieta movere*', que se pode traduzir por 'ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto'. A palavra *doctrine*, por sua vez, é bem transcrita neste contexto por 'regra', de modo que a *doctrine of stare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado".

Essa mudança deve-se ao método experimental de Robert Boyle, que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes

Enquanto que a doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguiu a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela corte, dispensável à decisão.

Lundmark (2003, p. 161) aponta três razões do porque não se consolidou plenamente o *stare decisis* antes do século XIX. A primeira porque antes de 1800, inexistia fonte confiável de publicação das decisões judiciais. A segunda, até 1876, por não possuir de forma clara uma estrutura judicial hierarquicamente organizada. Por fim, antes do século XIX, porque prevalecia o entendimento de que o direito era algo transcendente, cuja produção não era feita pelo juiz, a ele caberia tão somente desvendar e declarar o direito, mas nunca fazê-lo.

A doutrina do *stare decisis*, que surgiu no século XIX, tratou com obrigatoriedade a vinculação aos precedentes, enquanto a doutrina dos precedentes era fundada na tradição cultural dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*.

É preciso mencionar que o sistema da *common law* sempre se pautou pelos julgamentos dos casos. É nesse sentido que Marinoni (2013, p. 243) explica que: "Quando é invocado o caso X ou o caso Y, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos. Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou sistema de precedentes da *common law* é um sistema de casos (*case law*)".

Sobre o assunto, Mingati (2013, p. 44) explica que no século XIII, já se fazia menção, na *common law*, de forma apenas informativa aos denominados "*case law*", consistentes nas decisões emblemáticas sobre determinada questão relevante. Com as evoluções sociais e jurídicas, já nos séculos XVII e XVIII, inicia-se um processo em que os precedentes passam a ser aceitos, inclusive em caráter vinculante, com a propagação dos repertórios de casos, os chamados *reports*⁷. E conclui sua explicação:

⁷ Dias (2004, p. 105-106) resume em três períodos a história dos *Law Reports*: "Um primeiro período vai de 1282 a 1573 e é conhecido como período dos Anuários (*Year Books*). Os Anuários não são bem repertórios de decisões judiciais, pelo menos no sentido que hoje lhes é dado. Eles trazem mais regras de como proceder em juízo do que decisões judiciais. (...) O segundo período vai de 1537 a 1863. Quando cessaram os Anuários, apareceram repertórios privados, que começaram a trazer os argumentos dos advogados e as decisões dos juízes. Como a citação dos repertórios em juízo se tornou mais frequente, os repertórios ganharam qualidade. (...) Por fim, chega-se ao estágio atual, terceiro e último período. Começou em 1865 quando o *English Bar* estabeleceu

Esse desenvolvimento de um direito baseado na exaltação do Poder Judiciário, bem como da decisão judicial, culmina, no século XIX, com o surgimento de uma doutrina que atribuía força obrigatória aos precedentes judiciais, contemporaneamente denominada de *stare decisis*.

As doutrinas do precedente judicial e *stare decisis* surgiram tendo como objetivo priorizar a segurança jurídica, através de um grau mínimo de previsibilidade das decisões, e também assegurar um tratamento igualitário entre os jurisdicionados, ambos estes argumentos decorrem da preocupação com a coerência e estabilidade do direito jurisprudencial na *common law*.

1.3 Conceito de precedente judicial

O que seria um precedente judicial⁸? Precedente significa algo que precede, que vem antes, e não raras vezes esta expressão é utilizada pelos Tribunais brasileiros somente para mencionar decisões anteriores, sem qualquer referencia a teoria da doutrina dos precedentes. Este seria apenas o critério temporal do conceito de precedentes judiciais, que não leva em consideração o seu grau de autoridade.

Entretanto, o conceito de precedente judicial para o estudo em tela vai mais além, diz respeito ao derivado da *common law*, mais precisamente, o *binding precedent* (precedente vinculante).

Por essa razão, divide-se apenas para fins didáticos a expressão precedente em sentido estrito e amplo. Precedente em sentido amplo refere-se à alguma decisão anterior, sem qualquer menção à teoria dos precedentes da *common law*, é a forma como a expressão é utilizada no Brasil⁹. Por outro lado, os precedentes em sentido estrito seriam aqueles oriundos da *common law*, os precedentes vinculantes (*binding precedents*).

Sobre o conceito de precedente judicial, Strang (2006, p. 421) explica que:

um comitê que criou o *Incorporated Council of Law Reports for England and Wales*, cujo objetivo era a publicação, a preço módico, das decisões dos tribunais superiores da Inglaterra. O *Incorporated Council* publica *The Law Reports*, que, embora não oficiais, são os *law reports* de maior prestígio na Inglaterra".

⁸ "O termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação". (STRECK E ABBOUD, 2013, p. 43).

⁹ O conceito de precedente judicial de acordo com o NCPC será analisado em momento posterior.

Um precedente é um caso decidido no Tempo 1 que é significativamente análogo a um caso que surge no Tempo 2. Um precedente é vinculante se, no Tempo 2, uma Corte posterior, mesmo que não concorde com a(s) conclusão(ões) alcançadas no caso anterior no Tempo 1, é obrigada a seguir, distinguir ou dar as razões para superar o caso anterior.

Por outro lado, Gerhardt (2008, p. 3) define o precedente de forma mais ampla, como qualquer opinião, decisão, ou ocorrência constitucional do passado que a Suprema Corte ou autoridades não judiciais investem de autoridade normativa.

Portanto, precedente judicial é a decisão anterior que possui autoridade perante os casos futuros, de modo a vincular o julgamento dos casos semelhantes e orientar o comportamento dos jurisdicionados.

De acordo com Streck e Abboud (2014, p. 33), a regra do precedente (ou *stare decisis*) se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas:

O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*.

Sem dúvida o processo de identificação da *holding* (*ratio decidendi*) é a premissa básica de um sistema de precedentes judiciais, é o ponto de partida para a aplicação de precedentes judiciais, porque é a parte da decisão que irá vincular os casos futuros.

Nesse sentido, Streck e Abboud (2013, p. 48) afirmam que "a importância de se delimitar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é fundamental no sistema do *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos".

Ainda, Marinoni (2013, p. 228) explica que "quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma".

Surge então, como critério essencial para a aplicação de precedentes judiciais, a necessidade de distinguir o núcleo da decisão - *ratio decidendi* (razões de decidir) - das reflexões laterais (*obiter dictum*) em uma decisão judicial.

1.4 A *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Com a evolução da teoria dos precedentes judiciais, surge a necessidade de se distinguir a *ratio decidendi* (razão de decidir) da *obiter dictum* em uma decisão judicial, para se identificar qual parte do julgado vinculará os futuros casos.

Para o estudo de precedentes, compreender os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* é imprescindível. A *ratio decidendi* de uma decisão nos sistemas de *common law* é o que vai criar o precedente vinculante nas decisões seguintes e, portanto, se faz necessário descobri-la (BARBOZA, 2014, p. 217).

Streck e Abboud (2013, p. 46), resumindo o estudo de Pierluigi Chiassoni, apresentam sete conceitos de *ratio decidendi*:

É o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.

E concluem os aludidos autores que "a partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto".

Nesse sentido, afirma-se que a *ratio decidendi* é a parte da fundamentação imprescindível para a resolução do caso, todas as outras partes da decisão, que forem dispensáveis para aquela conclusão, serão consideradas *obiter dictum*.

Para Marinoni (2013, p. 220), a *ratio decidendi* (razão de decidir) é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.

Nas palavras de Barboza (2014, p. 217):

Nos sistemas de tradição de *common law* é necessário verificar que nem toda a opinião manifestada pelo juiz cria um precedente judicial. Para que uma opinião tenha o peso de um precedente é necessário que ela tenha sido dada por um juiz e também que tenha sido necessária para a decisão de um caso particular, isto é, não pode ser *obiter dictum*.

Entretanto, explica Marinoni (2013, p. 221) que não há sinal de acordo, na *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua identificação¹⁰.

Ainda, Marinoni (2013, p. 214) explica que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, na *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão vista como precedente, interessa aos juízes - a quem incumbe dar coerência e aplicação do direito - e aos jurisdicionados - que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Sobre o assunto, Lima (2013, p. 171) explica que:

Logo, vê-se que os fundamentos jurídicos de uma decisão compreendem tanto as conhecidas razões de decidir (*ratio decidendi*) como os elementos que servem de reforço argumentativo (*obiter dictum*), mas que não possuem o condão de sustentar o resultado da atividade cognitiva do magistrado.

Em algumas jurisdições, especialmente aquelas da *civil law* (como na França), talvez inexista, seja judicialmente, seja doutrinariamente, a preocupação em se distinguir os motivos determinantes (*rationes*) das reflexões meramente laterais (*dicta*), ficando os Tribunais livres para referirem-se a qualquer parte do anterior julgamento (MARSHALL, 1997, p. 507).

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, instituída uma política de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil, a preocupação em se distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dictum* deverá existir, pois consiste na premissa básica de um sistema de precedentes judiciais.

Sobre a consideração dos julgados anteriores e a adequada visualização da *ratio decidendi*, Marinoni (2013, p. 245) explica com clareza que:

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

¹⁰ "A maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, portanto, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controversa da *ratio decidendi*" (No original: "The greatest difficulty in the way of a clear understanding of any doctrine of precedent and thus of any kind of case-law is the controversial quality of the *ratio decidendi*" (MACCORMICK, 1987, p. 157).

Para Cross e Harris (2004, p. 40), nem tudo que consta da decisão pode vir a constituir um precedente, pois somente aquele fundamento que for considerado necessário à decisão é que integra a *ratio decidendi*, enquanto o restante não passará de *obiter dictum*¹¹. O mesmo autor afirma que "a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri"¹².

Para Duxbury (2008, p. 78), quando o juiz interpreta a lei para chegar a decisão, a *ratio* é o que o juiz acredita ser a melhor interpretação da lei.

Contudo, na prática, nem sempre é fácil distinguir o que deve ser considerado a força matriz da decisão (*ratio decidendi*) e o que se apresenta como mero argumento lateral (*obiter dictum*), porque os julgadores, quando proferem suas decisões, não estão preocupados em distinguir aquilo que é verdadeiramente a razão jurídica que os levou a estabelecer aquela decisão e o que se trata apenas de reforço argumentativo (HUMBACH, 2007, p. 109).

Essa dificuldade agrava-se ainda em alguns casos, seja em razão da possibilidade de ocorrência de múltiplas razões de decidir, seja pela impossibilidade de, em algumas situações, se extrair pelo menos uma *ratio* do julgado.

Ainda, Lima (2013, p. 172) nos explica que questões discutidas pelos julgadores, mas não arguidas pelas partes, seja como causa de pedir, seja mesmo como pedido, não poderão vir a ser consideradas *ratio decidendi*, estas seriam claramente *obiter dictum*.

Nesse sentido, nas palavras de Black (1896, p. 167), "*obiter dictum* é a opinião expressada pelo juiz, na decisão de uma causa, 'de passagem', isto é, incidentalmente ou colateralmente, e não diretamente sobre a questão submetida a julgamento pela Corte"¹³.

As questões não submetidas a julgamento, mas mencionadas pelos julgados, portanto, não poderiam consistir em *ratio decidendi*, mas meramente reflexões colaterais. Seriam, desse modo, *obiter dictum*.

¹¹ No original: "... not everything said by a judge in the course of his judgment that constitutes a precedent is that, among the propositions of law enunciated by him, only those which he appears to consider necessary for his decision are said to form part of the *ratio decidendi* and thus to amount to more than an *obiter dictum*".

¹² "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury".

¹³ No texto original: "An '*obiter dictum*' is a... opinion expressed by a judge, in his decision upon a cause, 'by the way', that is, incidentally or collaterally, and not directly upon the question before the court...".

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão da *common law*, torna-se necessário destacar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão. Se for necessária, será *ratio decidendi*, caso contrário, será *obiter dictum*.

Nesse sentido, Summers (1997, p. 384) afirma que:

Algumas partes de uma opinião não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade acerca das compreensões ou opiniões de uma Corte que não sejam necessárias à solução da questão específica apresentada à Corte. Essa terminologia é chamada *dicta* e é geralmente não vinculante. Como mencionado, *dicta* são normalmente definidas simplesmente como declarações presentes na opinião 'não necessárias' à decisão da Corte sobre a questão ou as questões¹⁴.

Ainda, Marinoni (2013, p. 231) explica que no século XVII, época em que já se discutia sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, entendia-se que a última não era *judicial opinion*, tendo a ideia prevalecido até meados do século XIX. Supunha-se que a *obiter dictum*, apesar de pronunciada por uma Corte, era um argumento de caráter extrajudicial. E continua:

Não é difícil perceber a razão pela qual o *common law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar ao *common law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.

Desse modo, a identificação da *ratio decidendi* se torna fundamental para a aplicação de um sistema de precedentes.

De acordo com Lima (2013, p. 101), a distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* é feita por uma operação racional, retro-operante e ultra-ativa. O caráter retro-operante decorre da necessidade a que é conduzido o intérprete em retroceder ao exame do caso pretérito, para com origem nele, extrair a *ratio decidendi*; ou seja, o intérprete é levado a

¹⁴ No original: "Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are not necessary to the resolution of the specific issue before the Court. This language is called *dicta* and it is generally not binding. As indicated, *dicta* are usually defined simply as statements in the opinion 'not necessary' to the Court's decision on the issue or issues".

analisar o caso do qual se formatou o precedente que se pretende utilizar e dele afastar o que se denomina *obiter dictum*. Ainda, operando em sentido inverso, o magistrado não pode perder de vista a possibilidade de que sua decisão possa, no futuro, servir de base para a solução de novos e semelhantes conflitos, este seria seu caráter ultra-ativo.

Lima (2013, p. 102) nos explica ainda que:

Não se pode pensar, pois, que existe ampla discricionariedade do julgador para utilizar um precedente como fundamento suficiente e isolado de sua decisão. Faz parte da atividade julgadora extrair o núcleo da decisão paradigma (*ratio decidendi*), afastando as considerações de caráter *incidenter tantum*, bem ainda reconhecer uma real similitude entre o caso em exame e o paradigma (*precisely similars*), além de convencer-se de que inexistente motivo plausível para se alterar o precedente.

A ausência de razão para superar um precedente deve ser sempre examinada pelo julgador, justamente porque, mesmo nos sistemas do *common law*, o seguimento de uma decisão pretérita dá-se por existirem fundamentos suficientes e razoáveis para que tal ocorra. Não se segue, pois, um precedente apenas pelo fato de ele existir. Deve existir uma razão que o sustente.

A análise de um precedente, portanto, é um processo racional, e não mecânico. Este processo exige que o intérprete estude a *ratio decidendi* do caso paradigma e a partir daí verifique a aplicabilidade deste precedente ao caso atual.

Nesse sentido, explicam Streck e Abboud (2013, p. 49) que:

Inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.

O que se quer evidenciar é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, que deve passar por um processo minucioso de interpretação do precedente judicial. O próximo passo será, portanto, verificar os métodos de identificação da *ratio decidendi* nos sistemas de *common law*.

1.4.1 Métodos de determinação da *ratio decidendi* na *common law*

A dificuldade em se identificar a *ratio decidendi* é tamanha que a literatura jurídica destaca pelo menos três métodos de identificação das razões de decidir, a saber: teoria de Wambaugh, teoria de Oliphant e teoria de Goodhart.

De acordo com a Teoria de Wambaugh¹⁵, determina-se a *ratio* pela inversão do sentido da proposição constante no julgado. Se essa alteração implicar modificação do resultado da decisão, ela pode ser considerada como razão de decidir, porém, caso contrário, trata-se de *obiter dicta* (LIMA, 2013, p. 179).

Marinoni (2013, p. 222) explica que de acordo com a Teoria de Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo, há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*.

Para Marinoni (2013, p. 222) "o teste de Wambaugh - bastante próximo ao de Vaughan C. J., formulado no século XVII - é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*":

A principal razão para tanto advém da situação de que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh

¹⁵ WAMBAUGH, Eugene. The study of cases. Boston: Little, Brown, & Co: 1892.

faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.

A segunda teoria, de Herman Oliphant, menos invocada na doutrina, leva em consideração a ideia de que a decisão de um caso é resultado de um estímulo advindo dos fatos que desaguaram no Tribunal, descartando assim a ideia de que o precedente judicial possa ser considerado uma norma geral e abstrata (SOUZA, 2006, p. 128).

Ainda sobre a teoria de Oliphant, Bustamante (2012, p. 260) afirma que:

Oliphant, por exemplo, propõe um 'empirismo radical' no método para determinar a *ratio decidendi*. Para ele, o que constitui um precedente é 'o que as cortes tenham feito em resposta ao estímulo dos fatos do caso concreto que se acha diante delas'; e, portanto, 'não a fundamentação dada pelo juiz.

Por outro lado, a teoria de Goodhart¹⁶ propõe que a *ratio decidendi* seja extraída a partir do exame dos fatos fundamentais (*material facts*) considerados pelo julgador e da conclusão jurídica advinda da análise dos referidos fatos. Para esta teoria, os fatos não considerados pelo julgador serão havidos como *obiter dictum*. A essa teoria se vincula o princípio de que casos idênticos devem ser tratados semelhantemente (*principle that like cases be treated alike*) (LIMA, 2013, p. 179).

Nas palavras de Lima (2013, p. 179), "revela notar que tais teorias, especialmente a de Goodhart, foram formuladas à luz dos ordenamentos jurídicos ligados à família do Direito anglo-saxão, em que o exame de tais fatos da causa se mostra essencial para o conhecimento da norma jurídica que emanou daquele julgamento e para a aplicação futura em casos semelhantes".

Para Marinoni (2013, p. 223) "o método de Goodhart¹⁷ dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz". E continua:

¹⁶ Goodhart apresentou o seu método em ensaio que apareceu publicado, pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930. Este ensaio, intitulado "*Determining the ratio decidendi of a case*", tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema, na *common law*.

¹⁷ "Não obstante o ensaio de Goodhart pertencer a uma época diferente - formulas para a determinação da *ratio decidendi* de um caso tendem a parecer um tanto quanto fossilizadas hordiernamente -, deve-se notar que muitos acadêmicos e juízes aceitavam, e provavelmente continuam aceitando, a concepção por ele criada" (No original: "Although Goodhart's essay belongs to a different era - formulae for the determining the ratio decidendi of a case tend to look rather fossilized today - it should be noted that many academics and judges did, and probably still do, accept the conception that he devised") (DUXBURY, 2008, p. 83)

De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi*, a que se refere constantemente como '*principle of a case*', não é encontrada nas razões ou na *rule of law* apresentadas ou estabelecidas na *opinion*. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a *ratio* é identificada mediante a consideração dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e da sua decisão nelas baseada.

Para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir¹⁸. Mas para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou.

Nas palavras de Marinoni (2013, p. 224):

O juiz deve expressa ou implicitamente tratar os fatos como materiais ou imateriais. Frequentemente, o juiz expressamente indica os fatos que considera materiais ou imateriais. Como isso nem sempre ocorre, Goodhart sugere vários testes para determinar quais fatos devem ser admitidos como tendo sido tratados como materiais ou imateriais pelo juiz. Assim, os relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que declarados como materiais. Os argumentos e razões da Corte, assim como declaração da regra de direito que está sendo seguida, igualmente têm importância para a identificação dos fatos que foram considerados materiais e imateriais.

Sobre a teoria de Goodhart, Cross e Harris (2004, p. 71) esclarecem que "sua justificativa pode ser incorreta e sua afirmativa sobre o direito ampla demais, mas ela nos indicará sobre quais fatos o juiz alcançou sua conclusão".

A identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso (MARINONI, 2013, p. 227).

Outro problema a ser destacado é se determinar quem define a *ratio decidendi*, será o órgão que instituiu o precedente ou aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em suas mãos para julgamento? Para Marinoni (2013, p.229),

¹⁸ "Tendo determinado, como primeiro passo, todos os fatos do caso tais como vistos pelo juiz, é então necessário descobrir em quais destes fatos ele encontrou material para seu julgamento" (No original: "Having, a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discover which of these facts he has found material for his judgment") (GOODHART, 1931, p. 15).

"mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento":

Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso.

Nas palavras de Duxbury (2008, p. 231), "hoje é difícil imaginar o advogado jurisprudencial desconhecer esta distinção - a distinção, isto é, entre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* de um caso". Este autor se refere aos advogados da *common law*.

Na *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. Isto porque "a decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar aos outros, que não sejam os litigantes" (MARINONI, 2013, p. 232).

Sobre a definição de *ratio* e os métodos de sua identificação, Bustamante (2012, p. 259/261) afirma que é trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* - o elemento vinculante - do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida na *common law*. E conclui que:

Todos esses métodos para se determinar a *ratio*, apesar de diferentes em vários aspectos, compartilham o pressuposto de fundo de que o juiz cria por sua própria autoridade institucional o direito jurisprudencial, bem como que as normas criadas dessa maneira são invariavelmente vinculantes. O debate entre os positivistas é, portanto, uma discussão entre juristas que compartilham a mesma ideologia judicial: o mesmo pressuposto de que o juiz está vinculado pelos que o antecederam e faz leis para os que o sucederão.

Portanto, a definição de *ratio decidendi* e os métodos de sua identificação são os pontos mais controvertidos da teoria dos precedentes, mas também os mais importantes, pois a *ratio* é a parte do precedente que irá vincular os julgamentos dos casos semelhantes posteriores.

Entende-se que a *ratio decidendi* é a parte da fundamentação indispensável para a conclusão do órgão julgador. O conceito é aparentemente simples, a dificuldade está na identificação do que são os motivos determinantes (*ratio decidendi*) na fundamentação do precedente judicial e o que seriam as meras reflexões laterais (*obiter dictum*).

1.4.2 Julgados com duas ou mais *rationes*

Outra questão a ser abordada seriam os julgados com duas ou mais *rationes*. Entretanto, como destaca Marinoni (2013, p. 239), "é necessário deixar claro que, nestes casos, cada uma das *rationes* é considerada necessária ou suficiente para se chegar à solução do caso". Ademais, não se pensa em diversas *rationes*, quando há decisões contrapostas. Para que haja duas *rationes*, ambas devem ser capazes de propiciar idêntico resultado.

A multiplicidade de fundamentos jurídicos (*rationes decidendi*) ocorre muito facilmente nos julgamentos colegiados, ocasião em que diversos julgadores podem chegar a uma mesma conclusão, mas por caminhos distintos (DUXBURY, 2008, p. 73).

Marinoni (2013, p. 239) apresenta o caso *Behrens v Bertram Mills Circus Ltd.*, no qual o juiz de primeiro grau, Devlin J., fez interessantes ponderações acerca do assunto. Argumentou o magistrado que, se o juiz apresenta dois fundamentos para a sua decisão, ambos são obrigatórios ou vinculantes. Não seria possível escolher um fundamento, supondo-se o melhor, e ignorar o outro.

Lord Simonds, em *Jocobs v. L.C.C.*, afirmou na *House of Lords* que não há justificação para considerar um fundamento dado pelo juiz para a sua decisão como *obiter dictum* apenas porque ele também apresentou outro fundamento. Ainda, em *Commissioner of Taxation for New South Wales v Palmer*, Lord MacNaghten advertiu, na mesma linha, ser impossível tratar uma proposição que a Corte declarou ser um claro e suficiente fundamento para a sua decisão como mero *dictum* (CROSS; HARRIS, 2004, p. 38 *apud* MARINONI, 2013, p. 240).

Entretanto, no sistema da *common law*, há diversos problemas em se admitir uma decisão com duas *rationes*, ainda que cada uma delas possa constituir base necessária e suficiente para se dar ao caso idêntica solução. Para Marinoni (2013, p. 240):

Há preocupação em outorgar ao juiz uma latitude de poder que lhe permita indevidamente influir sobre o futuro desenvolvimento do direito. Note-se que, se um julgado pode se fundar em várias *rationes*, o juiz pode definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e

consideradas pelas partes e pelos advogados. Além disso, se a Corte posterior tem poder para escolher entre uma das *rationes*, afirma-se que esta Corte não está propriamente obrigada a seguir o precedente, mas apenas uma das *rationes*, e, o que é mais grave, aquela que, segundo a sua livre convicção, lhe parece mais adequada. Nesta hipótese - prossegue a doutrina-, a Corte subsequente está a criar o precedente, em vez de seguir o precedente antes criado.

Nas palavras de Duxbury (2008, p. 75 *apud* MARINONI, 2013, p. 241), "Quando juízes identificam a *ratio* de um caso antecedente no qual se apresenta possível mais de uma *ratio*, eles podem, de fato, estar criando direito, em vez de o seguindo"¹⁹.

Note-se que o estudo sobre precedentes é complexo e em seu decorrer vamos enfrentando problemáticas nada simples de serem resolvidas. Lima (2013, p. 177) apresenta reflexões interessantes acerca do assunto da multiplicidade de *rationes*:

No Direito inglês, a possibilidade de existência, num só julgamento, de múltiplas *rationes decidendi* enseja algumas curiosidades. Isto porque num órgão colegiado pode ocorrer que três juízes adotem para uma mesma decisão distintas fundamentações jurídicas (A, B e C, p. ex.), dificultando assim a posterior interpretação do precedente, mesmo porque na maioria das cortes inglesas, tal como no Brasil, os julgamentos são resumidos em um único acórdão, destacando-se deste apenas o(s) voto(s) vencido (s). Qual ou quais *ratio(nes) decidendi* deve(m) ser considerada(s) pelas instâncias inferiores nos casos supervenientes? Será esta decisão menos persuasiva do que outra que se fundou em idênticas razões de decidir? São exemplos de perguntas sem respostas unívocas.

Marinoni (2013, p. 241) apresenta algumas soluções. A primeira é que se o caso deve ter apenas uma *ratio*, seria possível conceber a *ratio* como o primeiro fundamento. O raciocínio seria o de que, como a primeira *ratio* é suficiente para a solução do caso, o segundo fundamento seria supérfluo ou desnecessário, e, portanto, *dictum*. Outra solução seria admitir que todos os fundamentos, em princípio, constituem *ratio decidendi*, mas que tais fundamentos podem ser mais bem delimitados e visualizados pela Corte subsequente, que, então, poderia entender um fundamento como *ratio* e outro ou outros como *dicta*²⁰.

¹⁹ No original: "When judges identify the *ratio* of an earlier case in which more than one possible *ratio* presents itself, in other words, they may in fact be making rather than following law".

²⁰ O próprio autor alerta que as duas possíveis soluções geram dúvidas. A primeira porque existiria o risco de se dar inconveniente margem de liberdade ao juiz, que poderia escolher, entre os fundamentos possíveis, aquele que pessoalmente lhe parecesse melhor ou mais adequado, e, assim, impor a sua preferência sobre a magistratura e os jurisdicionados. A segunda solução geraria problemas ainda mais graves, pois as *rationes* seriam obrigatórias ou vinculantes até o pronunciamento da segunda Corte, o que eliminaria os benefícios proporcionados pelo sistema de precedentes, especialmente a segurança jurídica e a previsibilidade.

Nesta segunda hipótese, de identificação de *ratio* como *obiter dictum*, seria possível ver uma espécie de *overruling* destituído de fundamento, pois, mesmo sem a fundamentação exigida para *overruling* estar-se-ia negando ou desconsiderando anterior precedente, o que confronta a própria base do princípio do *stare decisis* (CROSS; HARRIS, 2004, p. 88 *apud* MARINONI, 2013, p. 242)²¹.

Como observa-se, não existe resposta unívoca sobre a problemática da existência de diversas *rationes*. Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 242) afirma que:

Não há acordo, no *common law*, sobre a natureza dos vários fundamentos que, em princípio, seriam capazes de permitir o alcance de idêntica solução. Há quem entenda que fundamentos com tal significado devem merecer a qualificação de *ratio decidendi*; outros sustentam que só pode existir uma *ratio decidendi*; e ainda outros preferem a tese de que a Corte subsequente é quem, na realidade, define o que é *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

A melhor solução seria aquela em que se priorizasse a segurança jurídica aos jurisdicionados. Se existem diversas *rationes*, todas deveriam ser consideradas pela Corte subsequente e através de um processo hermenêutico esta Corte seguiria todas as *rationes* do caso paradigma que fossem aplicáveis ao caso atual, desde que fosse possível.

O problema surge quando algumas *rationes* do caso paradigma não são aplicáveis ao caso atual. Nesta situação, entende-se que seria o caso de não aplicação do precedente (*distinguish*), pois, conforme já mencionado, a Corte posterior estaria criando o precedente e não o seguindo, o que confronta as bases do *stare decisis*, sem mencionar a questão do *overruling* desprovido de fundamentação, tendo em vista que algumas *rationes*, embora com autoridade vinculante, estariam sendo afastadas.

Também com este entendimento, examinando casos de múltiplas *rationes* por diferentes julgadores, Souza (2006, p. 138) afirma que "apesar de não haver uma doutrina completamente definida quanto a esta hipótese, o entendimento mais frequente é no sentido de que, nesses casos, falta *ratio decidendi* discernível e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro".

²¹ Ainda, de acordo com Summers (1997, p. 385 *apud* MARINONI, 2013, p. 242), dando como exemplo o caso *Highland Falls v. State*, destaca que em alguns casos, as Cortes norte americanas se dizem vinculadas por razões que, até então, eram vistas como *obiter dictum*, e, portanto, não tinham qualquer efeito obrigatório. Assiste-se, nestas hipóteses, a um fenômeno de assimilação do *dictum* como *ratio*, falando-se em *ratio* alternativa ou em '*alternative holding*'.

Podemos observar, desse modo, que alguns precedentes possuem mais força do que outros. Kniffin (1982, p. 58 *apud* MARINONI, 2013, p. 242) explica que as decisões da Suprema Corte em que os juízes concordam com um único resultado por diferentes razões têm reduzido valor como precedente²².

1.4.3 O processo de formação da *ratio*

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio decidendi* do precedente anterior. Entretanto, algo diferente ocorre quando, em razão do enfrentamento de outra questão, um julgamento ou julgamentos posteriores agregam conteúdo a *ratio decidendi*, dando-lhe outra conformação. Neste caso, Marinoni (2013, p. 247) explica que "não há interpretação da *ratio*, mas formação paulatina da *ratio*, que vai ganhando corpo à medida em que os julgamentos são proferidos".

É importante lembrar que dificilmente os casos são idênticos, mas podem possuir pontos semelhantes, os quais comportam a sua assimilação por um sistema de precedentes. Marinoni (2013, p. 247) mostra interessante analogia sobre a formação paulatina da *ratio*:

A dessemelhança pode ser mais bem compreendida a partir da distinção entre o ato do fotógrafo e a atividade do pintor. Embora o fotógrafo possa retratar e dar significado peculiar à paisagem, atribuindo-lhe interpretação, é certo que a fotografia congela a interpretação do passado, enquanto que o pintor vai, com o passar dos dias, dando forma e significado a sua pintura, que, no início do seu trabalho, muitas vezes nem mesmo ele sabe que resultado ou significado terá.

No caso dos precedentes, o julgador posterior estaria dando interpretação diferente à *ratio*, de modo a reduzi-la ou ampliá-la. Sob este aspecto surge outra problemática a ser enfrentada: a interpretação da *ratio*, em um novo caso, destitui o significado do caso pretérito e a autoridade de sua *ratio*?

Entende-se que a resposta deve ser negativa, pois, embora a *ratio* seja reduzida ou ampliada, ela se mantém, por isso fala-se em formação paulatina da *ratio*. Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 248) fala da "imperiosidade de complementar" a *ratio*, e explica:

De qualquer forma, pretende-se falar aqui da necessidade de novos significados e não da necessidade de esclarecimento, mediante o qual pode haver redução ou ampliação do significado. Suponha-se, por exemplo, que

²² No original: "Some Supreme Court plurality opinions (in which Supreme Court Justices agree on a single result for different reasons) are of reduced precedential value".

em um caso, em que foi expressa de forma clara e precisa a *ratio*, não tenha sido enfrentada determinada questão de direito, que, se acolhida, pode reduzir ou ampliar a *ratio* primitiva.

Nessa situação, embora também se mantenha porção da primeira *ratio*, a sua alteração provém não da necessidade de esclarecimento, mas da imprescindibilidade de enfrentamento de uma nova questão. Não há acréscimo ou redução em virtude da necessidade de esclarecer, mas da imperiosidade de complementar. E não se pense que a complementação exclui a redução, podendo se dar somente pela ampliação. Na verdade, quando a completa solução do caso exige o enfrentamento de outra questão, o verbo reduzir não é incompatível com a ideia de complementar.

Note-se que isso não se confunde com uma revogação (*overruling*) do precedente, já que a *ratio* é alterada, mas não perde sua autoridade.

Sobre a formação paulatina da *ratio*, destaca-se a doutrina de Dworkin, que compara o delineamento da *ratio decidendi* com um romance que vai sendo escrito em capítulos²³. Sobre o assunto, Barboza (2014, p. 247) explica que a proximidade da teoria do direito como integridade de Dworkin ao método da *common law* pode ser verificada quando o autor fala de um direito como integridade formado por uma comunidade de princípios, para além do texto escrito da Constituição, quando fala dos precedentes judiciais como prática constitucional, bem como quando defende a ideia de um romance em cadeia, como se cada juiz, ao julgar, estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar²⁴.

1.4.4 A interpretação da *ratio* e o enquadramento dos fatos em categorias

A interpretação da *ratio* é imprescindível para a correta compreensão de um sistema de precedentes. Os fatos não se repetem, entretanto, o que permite uma assimilação entre eles

²³ DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. Texas Law Review, vol. 60, p. 527/550.

²⁴ "A descrição apresentada por Dworkin para seu modelo de *Law as integrity* é útil porque revela que os juízes, em cada nova decisão, incorporam o material normativo agregado pelas decisões anteriores, como que fazendo uma síntese compreensiva do conhecimento acumulado pelo tribunal nos julgamentos anteriores, sem ter necessariamente de aceitar que os juízes anteriores tenham predeterminado todos os seus passos, mas sabendo que sua tarefa de julgar passa pela reconstrução dos princípios que justificaram os precedentes judiciais (seja para reiterá-los, seja para modificá-los nos casos futuros, se necessário) e pelo desenvolvimento judicial do Direito como se fosse uma teia coerente (*seamless web*) de princípios, casos, regras e soluções jurídicas. Um mínimo que se espera para essa teoria do Direito como integridade é a aplicação universal das normas adscritas justificadas na fundamentação apresentada pelos tribunais para suas decisões." (BUSTAMANTE, 2012, p. 269)

por um sistema de precedentes são seus pontos semelhantes, em maior ou menor grau de semelhança. Nas palavras de Marinoni (2013, p. 249):

Se o sistema de precedentes, e, portanto, a *ratio decidendi*, e a sua força obrigatória, objetiva que casos similares sejam decididos de igual modo, quanto mais se aproximam os fatos de dois casos, maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo.

Essa ideia tem presente a obviedade de que os fatos nunca se repetem e nunca podem ser ditos absolutamente iguais. Nesse sentido, Schauer (1987, p. 575 *apud* MARINONI, 2013, p. 249) explica que "não há dois eventos exatamente iguais. Para que uma decisão seja precedente para outra decisão, não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, nada seria precedente para nenhum outro caso".

É por isso que se fala em probabilidade de aplicação do precedente em maior ou menor grau, dependendo da aproximação dos fatos. Portanto, para a adoção de um precedente, é imprescindível tratar da proximidade dos fatos que dão composição ao caso paradigma e atual. Aqui insere-se a interpretação da *ratio*, ou, mais precisamente, quais pontos de direito - interpretação dada aos fatos - compõem a *ratio decidendi* de um caso.

Na fundamentação da Corte, será necessário investigar a maneira como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos. Os pontos de direito que realmente importam são aqueles que, não apenas lembrados pela Corte, são relacionados com os fatos, de forma a se constituírem na base para a solução do caso (MARINONI, 2013, p. 248).

É nesse sentido que se diz que o ponto de direito tem de ser necessário ou suficiente para solução do caso, da mesma forma que se afirma que *ratio decidendi* é a interpretação imprescindível adotada pelo julgador para se chegar a solução do caso, de forma que tudo aquilo que foi interpretado e não foi considerado imprescindível para aquela decisão, é *obiter dictum*²⁵.

Ainda, há diferença entre os fatos do caso e os fatos tomados como fundamentais pela decisão, nem todos os fatos são considerados como fundamentais. Nesse sentido,

²⁵ Exemplificando, Marinoni (2013, p. 249) afirma que: "É por tal motivo que não constitui *ratio decidendi*, no *common law*, o fundamento que, embora detidamente analisado, é suficiente para decisão que pronuncia a competência da Corte, mas não soluciona o caso. Ainda por exemplo, é pelo mesmo motivo que as razões que rejeitam argumento elaborado pela parte, que, com base em outro fundamento, obteve solução favorável, não constituem *ratio decidendi*."

Marinoni (2013, p. 250) explica que é possível ver, na fundamentação, os fatos que foram considerados fundamentais para se chegar à decisão. Porém, nem sempre é fácil qualificar os fatos que, fazendo parte do caso, foram omitidos pela decisão. Estes, por presunção, são considerados não fundamentais.

Por outro lado, percebe-se que os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria²⁶, mais restrita ou mais ampla. Segundo Marinoni (2013, p. 250), para se proceder a tal enquadramento, é necessário tomar em conta especialmente a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem identificar as categorias em que os fatos se inserem:

Ao se olhar para as razões da decisão é preciso identificar a cultura e o modo de viver da época e do lugar do caso que deu origem ao precedente. Isso porque, como é sabido, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores podem variar conforme as épocas e os lugares.

O enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois são estas que podem justificar a inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente. Nesse sentido, Schauer (1987, p. 575) afirma que "é cristalino que a relevância de um precedente anterior depende de como caracterizamos os fatos presentes no caso anterior"²⁷.

Como este enquadramento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Nas palavras de Marinoni (2013, p. 251):

Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para assimilar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria.

Schauer (1987, p. 577) explica de forma clara e simples que "a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em

²⁶ "É possível identificar o produtor de suco de laranja como produtor de sucos ou como produtor de bebidas ou ainda de gêneros alimentícios. Alguém pode ser visto como consumidor, como membro de certa religião, como intelectual, como honesto etc., dependendo da situação pragmática que está inserido" (MARINONI, 2013, p. 251).

²⁷ No original: "its clear that the relevance of an earlier precedent depends upon how we characterize the facts arising in the earlier case".

várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não"²⁸.

Desse modo, os fatos somente devem ser distanciados, mesmo quando a princípio pertencerem a uma mesma categoria, se as razões do precedente fizerem ver que se está diante de contextos diversos.

Marinoni (2013, p. 252) nos chama a atenção para a força de um precedente, ou a extensão que ele pode atingir, dependendo do tamanho ou da latitude da categoria em que os seus fatos fundamentais se inserem. Quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação.

1.5 A autoridade dos precedentes judiciais

Neste tópico será estudada a autoridade dos precedentes judiciais ou, mais precisamente, sua força vinculante.

Duxbury (2008, p. 23) explica que "o que estabelece a força vinculante de um precedente, distintamente das normas positivadas, não é o critério de validade e sim o critério de sua autoridade, mesmo porque aquele é um conceito invariável, ao passo que este pode ser graduado"²⁹.

Desse modo, o grau de autoridade (força) de um precedente judicial comporta diversas variações de acordo com alguns fatores, como a compreensão de quem interpreta o precedente, o grau de hierarquia do tribunal que proferiu a decisão, a unanimidade ou não da decisão colegiada.

Independente da classificação que se dê aos precedentes, é natural que os juízes e os aplicadores do Direito em geral pessoalmente compreendam de maneira diferente a eficácia de uma decisão proferida por uma corte superior (DWORKIN, 1977, p. 112).

Nesse sentido, Lima (2013, p. 189) explica que o significado da norma julgada pode ser subjetivamente avaliado de forma distinta, isso serve para demonstrar que a autoridade de um julgamento depende também de fatores subjetivos de quem o interpreta,

²⁸ No original: "The task of a theory of precedent is to explain, in a world in which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and others are not".

²⁹ No original: "... the reality is that precedents, unlike statutes, do not bind judges in an all-or-nothing fashion, that the binding force of a precedent is best explained not in terms of its validity (this being a non-scalar concept) but in terms of its authority (of which there can be degrees)".

independentemente de se tratar de um precedente vinculante ou meramente persuasivo, destacando que se é possível a variação de autoridade de um precedente, impõe-se saber que fatores influenciaram no reforço ou enfraquecimento da eficácia da norma jurisprudencial.

O primeiro fator seria decorrente do entendimento de que a força de um precedente aumenta proporcionalmente ao grau de hierarquia do tribunal responsável pela criação do direito julgado. Afirma o autor inglês Duxbury (2008, p. 62) que, "quanto mais alta a corte mais forte o precedente"³⁰.

Por outro lado, os tribunais superiores poderão considerar os precedentes dos tribunais inferiores, mas não se sentirão obrigados a segui-los. Nas palavras de Lima (2013, p. 189):

Enquanto os órgãos inferiores devem se sentir obrigados ou, no mínimo, pressionados a aplicar precedentes das cortes superiores, estas talvez apenas levem em consideração os precedentes dos tribunais inferiores, mas nunca irão se considerar obrigadas a seguir os precedentes destes. Ademais, a própria estrutura do Judiciário, com o estabelecimento de hierarquia entre os órgãos judicantes e o poder de revisão dos superiores sobre os inferiores, não permitiria uma sujeição às avessas.

Contudo, esse entendimento não nos permite afirmar que as orientações jurisprudenciais emanadas de órgãos de mesma hierarquia tenham a mesma autoridade e respeitabilidade.

A autoridade dos julgamentos de tribunais de igual escalão será maior ou menor conforme melhor ou pior a avaliação que a comunidade jurídica e o jurisdicionado fizerem sobre seus posicionamentos, bem ainda de acordo com a reputação de seus integrantes (LIMA, 2013, p. 190).

Sobre a autoridade de um precedente de um tribunal de hierarquia intermediária, deve ser avaliado não apenas o percentual de julgamentos de instâncias inferiores que adotam a orientação emanada daquela Corte, mas também o percentual de julgados reformados pela instância *ad quem*³¹.

³⁰ No original: "*the higher the court the stronger the precedent*".

³¹ Lima (2013, p. 190) explica que: "De nada vale que 100% (cem por cento) das orientações pacificadas de uma Corte sejam adotadas em mesmo percentual pelos órgãos inferiores se o percentual de julgamentos reformados também for idêntico (100%). Isso apenas revelaria um número máximo de julgamentos equivocados pelo primeiro e segundo graus".

Faz-se necessário analisar também a variação da autoridade do precedente decorrente de julgamentos colegiados unânimes e por maioria. Essa variação decorre da composição final do resultado de um julgamento por mais de um julgador.

Geralmente, a decisão colegiada unânime possui maior autoridade como precedente do que uma decisão em que houve voto(s) vencido(s). Entretanto, não podemos olvidar a possibilidade de que embora a decisão tenha sido por unanimidade, os fundamentos que levaram àquela conclusão podem ser diversos uns dos outros, o que enfraqueceria aquela decisão como precedente.

Exemplificando, em um julgamento colegiado composto por cinco magistrados, todos decidem favoravelmente ao autor, mas por fundamentos (*rationes*) diversas, ou seja, chegam "ao mesmo lugar, mas utilizam caminhos diferentes". Nesse caso, a autoridade do precedente se torna mais frágil.

Nas palavras de Lima (2013, p. 190):

Em decisões colegiadas, há a possibilidade de que o resultado seja unânime de todos os presentes ou que o entendimento vencedor seja de uma maioria dos magistrados. Geralmente, a votação unânime conferirá mais força à decisão, na medida em que não deu margem a entendimento discrepante, revelando assim uma interpretação unívoca do órgão. Mesmo nas votações unânimes, porém, as razões elencadas pelos juízes podem ter sido distintas, o que eventualmente pode enfraquecer o precedente.

Ainda, faz-se necessário analisar a autoridade do precedente decorrente de julgamento monocrático.

Obviamente a decisão monocrática não possui a mesma autoridade de um julgamento colegiado, entretanto, é possível que se imponha, por exemplo, em razão da grande reputação do julgador. A representatividade e a qualificação do magistrado responsável pela decisão constituem elementos que precisam ser considerados quando da avaliação de julgamentos unipessoais (LIMA, 2013, p. 193).

Conforme afirma Couture (2004, p. 54), "o direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o que valham esses homens".

Desse modo, o grau de autoridade de uma decisão monocrática pode ser maior ou menor de acordo com a qualificação e reputação do magistrado que a proferiu, sempre destacando que essa autoridade não será maior do que uma decisão colegiada.

A classificação mais comum sobre a autoridade dos precedentes judiciais é a que divide em precedentes vinculantes (*binding precedents*) ou precedentes persuasivos (*persuasive precedents*).

Explicando a identificação dos precedentes vinculantes e persuasivos no Direito estadunidense, Cole (1998, p. 11) afirma que a Corte, tanto de instância inferior quanto superior, precisa determinar a autoridade do precedente que lhe é oferecido, indicando se ele é vinculante ou meramente persuasivo. O caso precedente será tido como vinculante quando os fatos relevantes do caso precedente forem suficientemente semelhantes para justificar a aplicação da mesma regra de direito que foi usada no caso precedente ao caso apresentado para decisão:

Quando os fatos relevantes usados pela Corte para proferir a sua decisão no caso precedente são suficientemente semelhantes àqueles do caso apresentado para julgamento, então estará justificada a aplicação, pela Corte, do caso precedente como vinculante, desde que a regra de direito aplicada naquele caso não tenha sido mudada pelo legislador. Assim, quando um caso anterior for considerado como precedente vinculante, o princípio estabelecido no caso anterior precisa ser aplicado, e determinada a decisão a ser dada ao caso subsequente àquele apresentado à Corte para julgamento. Quando, porém, a decisão anterior é meramente persuasiva, a Corte usará de seu poder discricionário para determinar que importância deverá ser dada à decisão anterior.

Nos sistemas jurídicos ligados à família da *common law*, a regra do *stare decisis* já impõe o seguimento de uma decisão para outros casos semelhantes. No Direito brasileiro, o efeito vinculante irá decorrer da norma legislada, até então eram restritas as hipóteses em que o legislador optou por emprestar força obrigatória a entendimentos jurisprudenciais.

No Brasil, o efeito vinculante é comum no âmbito das ações de controle concentrado de constitucionalidade e, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal e Lei nº 11.417/2006, que estabelecem a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a Lei nº 13.105/05 (Novo Código de Processo Civil) irá aumentar a força vinculante das decisões judiciais, estabelecendo uma política de vinculação aos precedentes, à jurisprudência e às súmulas.

Cumprir destacar que o enunciado sumular, vinculante ou não, não importa de qual tribunal, não é verdadeiramente um precedente judicial, por diversos fatores³².

³² Nas palavras de Streck e Abboud (2013, p. 130): "Não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema no direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as

1.6 As técnicas de utilização dos precedentes judiciais

Manejar os precedentes não é uma tarefa simples. Não se resume a procurar na jurisprudência de um Tribunal os julgados relacionados com o assunto a ser pesquisado, coletar a resposta da pesquisa, fazer um exercício de "copiar e colar" e colocar tudo no papel. Usar os precedentes não é essa atividade mecânica, é muito mais que isso. Por essa razão existem técnicas de utilização do precedente judicial.

Neste tópico serão estudadas as técnicas de utilização dos precedentes judiciais, mais especificamente, a forma como ocorrem a revogação (*overruling*) ou distinção do precedente (*distinguishing*) do precedente judicial nos países que adotam o *stare decisis*.

O propósito da pesquisa sobre os referidos institutos não é tão somente conhecê-los da forma como aplicados, mas sim com o intuito de analisar como os países que dependem de um sistema de precedentes modificam as decisões judiciais sem causar a instabilidade no ordenamento e insegurança no jurisdicionado.

Em síntese, a finalidade deste estudo é compreender de que maneira se modificam os princípios jurídicos encartados nas decisões judiciais sem que isso comprometa as bases do sistema, como os princípios da previsibilidade e da estabilidade da jurisprudência e na isonomia entre os jurisdicionados.

Sobre o assunto, destaca-se a explicação de Barboza (2014, p. 226):

Para que os precedentes se adaptem às novas realidades sociais, ou em casos em que se busca a correção das decisões, há previsão, nos sistemas de *common law*, de métodos de superação dos precedentes, quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior. Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente.

Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*. Isso implica dois equívocos: o primeiro é que não há qualquer relação, pois as Súmulas Vinculantes são textos e como tal são interpretáveis; segundo, se, de fato, pudéssemos pensar que as Súmulas Vinculantes são precedentes, então teríamos que aplicá-las ao modo como se faz no *common law*. Ora, não são necessárias maiores reflexões para afirmar que o Brasil caminha, de há muito, para a direção contrária do *common law*. Logo, por que ainda tem gente que pensa que as Súmulas Vinculantes têm aparência com os precedentes do *common law*? Eis o enigma!".

O primeiro alerta que se faz é que tratar da superação de precedentes judiciais é admitir que as orientações jurisprudenciais não são eternas³³. Nas palavras de Lima (2013, p. 204), estas "são elaboradas, sim, para uma determinada época, um momento histórico, para reger comportamentos sociais que no futuro podem exigir novo posicionamento dos tribunais".

Dessa forma, não faz sentido afirmar que a doutrina dos precedentes não deveria ser prestigiada pelo sistema, porque petrificariam as decisões judiciais, "engessando" a atividade dos magistrados e impedindo o progresso da sociedade, na medida em que os tribunais não acompanhariam as modificações econômicas, políticas e culturais de um povo³⁴.

Sobre o assunto, Lima (2013, p. 205) explica que:

É justamente o contrário que se prega com a tentativa de sistematização de precedentes judiciais em países que são vinculados ao princípio do *stare decisis*: que se compreenda o papel da jurisprudência como instrumento de proteção da sociedade, de garantia de avanço, mas com segurança, de atualização normativa aos novos costumes, ao novo quadro político, econômico e social, porém sem sobressaltos.

Ainda, o fato de os juízes terem a possibilidade de não seguir os precedentes não significa dizer que os precedentes não possuem força obrigatória ou vinculante, mas demonstra que a força obrigatória deles é limitada (BARBOZA, 2014, p. 226).

Deve-se ter em vista o peso da tradição que o precedente tem para os juízes da *common law*. Assim, as decisões que eles elaboram, apesar de não estarem de acordo com o precedente, devem respeitar aquela tradição.

Desse modo, mesmo que o julgador não aplique o precedente, ele não pode ignorá-lo, devendo explicar por quais motivos não o está aplicando naquela ocasião (DUXBURY, 2008, p. 112).

³³ Barboza (2014, p. 225) afirma que: "O que se percebe é que existem diversos motivos para se resistir à ideia de estabilidade absoluta dos precedentes estabelecidos há muito tempo. As mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria, a complexidade das relações de gênero e família, aumentam a sensação de que as normas jurídicas, assim como as doutrinas, estão em descompasso com as novas necessidades e aspirações da sociedade".

³⁴ De acordo com Lima (2013, p. 203), "essas noções são fundamentais para se pensar ou mesmo propor maneiras de mudanças jurisprudenciais no Direito brasileiro, o qual pouco tem se preocupado com os graves danos que advêm das variações abruptas e não anunciadas das orientações dos tribunais". Entretanto, por ora analisaremos somente estes institutos na dimensão dos países que adotam o *stare decisis*.

A própria doutrina dos precedentes possui mecanismos de fazer com que a estrutura de justiça se adapte às modificações culturais, econômicas e políticas de uma sociedade, isto se dá por meio das técnicas da teoria do precedente judicial: *overruling* e *distinguish*.

1.6.1 *Overruling*

A técnica de superação ou revogação de precedentes judiciais na tradição da *common law* é o *overruling*, por meio do qual se altera um anterior entendimento jurisprudencial ou uma determinada *ratio decidendi*³⁵.

O *overruling* pode ser de maneira expressa, quando faz direta menção à orientação que está sendo superada, ou tácita, quando o resultado que advém do novo julgamento impõe concluir a revogação do princípio jurídico anterior.

Conforme explicação de Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 405):

Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última - trata-se de hipótese rara."

Via de regra, os juízes da *common law* utilizam a técnica do *overruling* para justificar a necessidade de vigência de uma nova norma julgada, em detrimento da existência de outra anterior e que lhe seja contrária. De acordo com Lima (2013, p. 206), essa alteração pode se impor por uma série de razões, que vão desde a injustiça da primeira decisão até a modificação das condições econômicas, políticas, culturais e sociais de uma nação.

Silva (2005, p. 207) resume as situações de alteração do precedente em três: a) em caso de se tornar obsoleto ou desfigurado; b) caso esteja equivocado ou seja injusto; c) em hipótese de inexecuibilidade.

Por outro lado, Mello (2008, p. 237-238) fala em duas razões para se revogar um precedente: sua incongruência social e sua inconsistência sistêmica. A primeira está relacionada com a incompatibilidade da norma julgada com os padrões (*standarts*) sociais. Enquanto isso, a segunda refere-se à compatibilidade entre os preceitos que integram um mesmo ordenamento.

³⁵ Cross e Harris (2004, p.131-132) demonstram ser possível se alterar uma *ratio decidendi* sem se modificar a decisão (o precedente).

De qualquer forma, a corte precisa justificar os motivos pelos quais está adotando a nova interpretação jurídica do caso, sob pena de ser tachada como autoritária (DUXBURY, 2008, p. 117). Nesse sentido, Lima (2013, p. 207) explica que "esse é o senso de responsabilidade dos magistrados para com a regra do *stare decisis* e de respeito com a sociedade".

Sobre o assunto, Reynolds (2003, p. 167) afirma que "a opção pelo *overruling* sempre impõe um 'preço a pagar', seja pela perda de estabilidade ou de confiança, seja um dano à eficiência do sistema, seja a redução de sua previsibilidade".

O *overruling*, portanto, é um instrumento que pode ser classificado como um consectário lógico do *stare decisis*, de forma que este permite que o sistema se adapte às modificações políticas, culturais e econômicas de uma sociedade.

O *overruling* é um dos mecanismos que garantem o equilíbrio do sistema de precedentes, no sentido de que evita que este se torne obsoleto e antiquado, de modo que o direito não se adaptaria às evoluções sociais sem a sua existência³⁶.

Portanto, aqueles que afirmam que um sistema de precedentes "engessaria" a atividade judicial cometem um evidente equívoco, já que existem instrumentos (*overruling* e *distinguish*) que permitem, através de um processo de interpretação, que o magistrado analise o cabimento ou não daquele precedente ao caso atual.

Ainda, o precedente terá autoridade mesmo quando o juiz não o seguir, pois ao fundamentar sua decisão deverá partir do precedente e apresentar suas razões e justificativas para não segui-lo, só o fato de ter que justificar o porque não seguiu o precedente demonstra a sua autoridade e força (BARBOZA, 2014, p. 227).

Esse equilíbrio entre a estabilidade e a certeza jurídica do sistema e as modificações da sociedade deve existir, e é garantido por meio dos instrumentos de relativização da autoridade dos precedentes. Nesse sentido, Barboza (2014, p. 224) afirma que:

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

³⁶ Lima (2013, p. 208) afirma que: "No Direito brasileiro, a prática que mais se aproxima do *overruling* é o procedimento de revisão ou cancelamento dos verbetes de súmula dos tribunais, não apenas do STF como também das demais cortes, que geralmente preveem essa possibilidade em seus regimentos internos. Ainda assim, cuida-se de técnica raramente empregada e de pouco alcance, considerando a infinidade de orientações jurisprudenciais não convertidas em enunciados sumulares, que fica sujeita a mutação de entendimento pretoriano".

sociais, e às ideias mutantes de bem-estar e de justiça. Uma completa estabilidade restringiria qualquer mudança para adaptação ao progresso (não importando exatamente o que significaria progresso).

Lima (2013, p. 207) nos explica que no Direito inglês, mais conservador neste aspecto do que o Direito estadunidense, a prática do *overruling* tornou-se mais comum com o *Practice Statement* do ano de 1966, através do qual a *House of Lords* assentou a possibilidade de se rever as pretéritas decisões, desde que existentes razões consideráveis para se implantar uma nova orientação jurisprudencial a casos semelhantes. E completa sua explicação:

Mesmo no direito dos Estados Unidos da América, a técnica do *overruling* pela *Supreme Court* é considerada a mais extrema interpretação jurisprudencial, a qual representa literalmente uma dramática forma de mudança normativa.

O *overruling* seria uma interpretação extrema, porque rompe com o entendimento do precedente anterior e faz com que se dispense momentaneamente a preocupação com a segurança jurídica (previsibilidade das decisões) em favor da adaptação do direito às mudanças da sociedade. Tanto é que nas últimas décadas, a *House of Lords* não revogou mais de um precedente ao ano (MARINONI, 2013, p. 388).

Marinoni (2013, p. 388) fala em eficácia horizontal dos precedentes - *qualified doctrine of horizontal bindingness* - e explica que o efeito vinculante dos precedentes não é incompatível com o *overruling*, mas que devem existir critérios para sua aplicação:

Se é certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal do precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no direito contemporâneo.

Sobre esses critérios do *overruling*, Eisenberg (1998, p. 104) explica que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade mais fundamentam a sua revogação do que sua preservação.

Desse modo, o *overruling*, por ser interpretação extrema, somente deve ser aplicado quando houverem critérios que o justifiquem, e esses critérios estariam relacionados ao fato de que a revogação de um determinado precedente trás mais benefícios ao sistema do que sua

preservação, isto em razão de que o precedente não estar de acordo com a realidade social dos jurisdicionados.

Marinoni (2013, p. 390) explica, com base na doutrina de Eisenberg (1998, p. 14), que um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência:

Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.

Por outro lado, continuando sua explicação, Marinoni (2013, p. 390) explica que o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes, e quando a Corte, apesar de tratar de situação diversa, decide com base em proposições sociais incompatíveis com as que fundamentaram o precedente.

Desse modo, esses seriam os requisitos básicos para a revogação (*overruling*) de um precedente, quais sejam, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

Ainda, Eisenberg (1998, p. 105) fala em *jagged doctrines*, que seriam entendimentos ou precedentes controversos:

Os entendimentos controversos preenchem a primeira condição do princípio básico do *overruling*. Eles são socialmente incongruentes; é por isso que passam a se sujeitar a exceções inconsistentes. São sistemicamente inconsistentes, em parte por causa da inconsistência entre o entendimento e as exceções, e em parte porque, em razão de sua incongruência social, são inconsistentes com outros entendimentos³⁷

³⁷ No original: "Jagged doctrines meet the first condition of the basic overruling principle. They are socially incongruent; that is why they have become subject to inconsistent exceptions. They are systemically inconsistent, partly because of the inconsistency between the doctrine and the exceptions and partly because by reason of their social incongruence, they are inconsistent with other doctrines".

Além disso, tratando-se de precedente controverso, os valores da estabilidade melhor justificam a sua revogação do que a sua preservação.

Marinoni (2013, p. 398) explica que é possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado, sem que isso gere insegurança ou a perda de confiança nos precedentes judiciais:

Teme-se que a revogação de precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado. E isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente, e, além disso, não há justificativa para a sua preservação em face dos fundamentos da estabilidade. [...] Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina a confiança nos precedentes judiciais.

O que evidencia-se é que o *overruling* funciona como uma ferramenta que completa o sistema de precedentes, de modo que sua aplicação não gera a perda de confiança ou instabilidade no sistema, mas pelo contrário, gera segurança e estabilidade, pois permite que as decisões futuras sejam coerentes com as proposições morais, sociais e políticas de uma sociedade.

Embora o *overruling* seja uma medida radical, tendo em vista a doutrina do *stare decisis*, é importante destacar as palavras de Duxbury (2008, p. 130):

O juiz que age de forma justa e razoável e que encara suas obrigações com profissionalismo e habilidade, não precisa ser um escravo do passado nem um ditador do futuro, vinculado às decisões de seus antecessores já falecidos e vinculativa para as novas gerações.

Esse raciocínio tem como base a ideia de que se uma decisão judicial está equivocada, ela é contrária ao direito, e que o direito é superior a qualquer decisão, e deve prevalecer.

Por outro lado, faz-se necessário diferenciar o *overruling* de outros dois institutos um pouco semelhantes, quais sejam, o *overriding* e o *reversal*.

O *reversal* não implica a revogação de um precedente, pois o que se tem na verdade é uma reforma pelo órgão *ad quem* da decisão prolatada pela instância inferior, por aplicação

equivocada das normas jurídicas àquele caso³⁸. O *reversal* ocorre exatamente para adequar o julgamento proferido pelo juízo inferior aos precedentes judiciais da corte revisora. Por outro lado, o *overriding* se aproxima de uma revogação parcial da anterior orientação jurisprudencial, constitui uma maneira que o tribunal possui de analisar a nova questão, que parece relativamente distinta do precedente, sem ter que revogá-lo inteiramente, limita-se o alcance da *holding* extraída do primeiro caso (LIMA, 2013, p. 208-209).

1.6.2 *Distinguishing*

O *distinguishing* permite ao julgador verificar a compatibilidade entre o precedente e o caso atual a ser julgado, através de um processo hermenêutico, de confrontação entre ambos.

Conforme explica Schauer (1987, p. 577), no sentido de que "a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não"³⁹. O *distinguishing* permite, portanto, que o julgador afaste a aplicação do precedente, quando as assimilações não forem plausíveis entre ele e o caso sob julgamento.

A técnica do *distinguishing*, própria dos países de *common law*, pode ser compreendida sob duas ópticas: i) como um método utilizado pelos magistrados para comparar o caso paradigma e a situação concreta presente; ou ii) como um instrumento de identificação e avaliação das diferenças entre os casos examinados, a fim de estudar a incidência ou não do precedente judicial sobre a hipótese atual (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 403).

Com base na explicação anterior, surge o seguinte questionamento, o *distinguishing* seria uma técnica de superação de precedentes ou de confronto e interpretação de precedentes? De acordo com Lima (2013, p. 209), "não se pode considerá-la uma técnica de

³⁸ De acordo com Reynolds (2003, p. 170-171), a retroatividade das mutações jurisprudenciais é decorrência da teoria declaratória do Direito, defendida, entre outros, por Blackstone, segundo a qual as decisões judiciais não são o Direito, mas apenas servem para evidenciá-lo. Ou seja, por tal concepção o Direito já existia, mas tinha sido revelado incorretamente. Daí por que por tal teoria não se pode pensar em efeitos prospectivos das modificações jurisprudenciais.

³⁹ No original: "The task of a theory of precedent is to explain, in a world in which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and others are not".

superação nos moldes do *overruling*, pois apenas este tem realmente por característica alterar um entendimento jurisprudencial consolidado".

O *distinguishing* permite que não seja desrespeitado o princípio básico da teoria dos precedentes, segundo o qual casos idênticos devem ser tratados semelhantemente (*principle that like cases be treated alike*). A técnica permite que através de um processo de interpretação se verifique a compatibilidade entre o caso paradigma e o atual.

Nas palavras de Lima (2013, p. 210):

O que ocorre no caso do *distinguishing* é a confrontação dos fatos motivadores do primeiro caso, aquele que gerou o precedente, e o atual, a fim de se analisar se a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* daquele aplicam-se a este, a ponto de justificar a incidência da mesma *holding*.

A prática do *distinguishing* é importantíssima, na medida em que permite diferenciar circunstâncias materiais entre duas demandas, impedindo a incidência da pretérita regra jurídica, o que equivaleria a tratar semelhantemente casos distintos.

É importante que a distinção entre os casos deve ser de relevo suficiente para autorizar a Corte a não seguir o precedente, sob pena de a irregular operação de confronto entre os casos ser facilmente apontada pelos advogados e por outros julgadores, prejudicando consideravelmente a reputação do julgador⁴⁰ (DUXBURY, 2008, p. 114).

Marinoni (2013, p. 325) explica que o *distinguishing* surge tendo como ideia principal a natureza dinâmica da *ratio decidendi*, relacionada à sua aplicação aos casos que dia a dia eclodem. Essa natureza dinâmica da *ratio* faz com que para aplicá-la, é necessário comparar o caso de que ela provém com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas:

⁴⁰ "O juiz que tenta 'distinguir' casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juizes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atitude como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e a sua decisão questionada. O fato de os juizes terem o poder de 'distinguir' não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente (No original: "The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them") (DUXBURY, 2008, p. 114).

Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido, fala-se, no *common law*, em *distinguishing*.

O *distinguishing* seria, portanto, uma técnica jurídica, não especificamente de superação de um precedente judicial, mas um instrumento que, através da argumentação, permite que a autoridade de um precedente seja afastada perante determinado caso, em razão da situação fática de ambos serem diferentes.

O *distinguishing* também não constitui sinal aberto para os juízes desobedecerem precedentes que não lhes convêm, exatamente pela circunstância de que o *distinguishing* depende de justificativa, que há de ser "racional" e "uniforme" na identificação de seus critérios (MARINONI, 2013, p. 326). Como já dito, se um julgador utiliza o *distinguishing* sem critérios razoáveis para tal, facilmente é apontado por advogados e outros julgadores, causando sérios prejuízos à sua reputação.

Não se trata de qualquer diferença prévia que garante essa justificativa, a distinção deve ser de tal maneira que demonstre motivação suficientemente convincente para se abster de seguir uma decisão anterior.

Conforme explica Duxbury (2008, p. 114 *apud* MARINONI, 2013, p. 326), "não apenas qualquer diferença antiga proporciona tal justificativa: a distinção deve ser tal que proporcione um motivo suficientemente convincente para se declinar da decisão anterior"⁴¹.

Ainda, a não aplicação do precedente em virtude do *distinguishing* não significa que o precedente está equivocado ou deve ser revogado, em outras palavras, não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law* (DUXBURY, 2008, p. 114).

Por outro lado, o precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Isso porque a não aplicação do precedente, especialmente quando rotineira, pode revelar que o seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade (MARINONI, 2013, p. 327).

Nesse sentido, explica Barboza (2014, p. 228) que:

Veja-se que o ato de distinguir o caso não altera a autoridade do precedente porque o Tribunal não verifica a qualidade da decisão, mas apenas constata

⁴¹ No original: "Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision".

que ela não é aplicável ao caso concreto. Embora possa acontecer de um precedente ficar enfraquecido se for '*very distinguished*'.

É necessário destacar que podem ocorrer duas situações diversas no *distinguishing*: i) os fatos do caso atual são materialmente diferentes do caso paradigma; ii) o caso atual possui os mesmos fatos materiais do caso paradigma, mas constata-se que, além desses, no caso atual existem outros fatos materiais não previstos no precedente.

Marinoni (2013, p. 328) explica que o *distinguishing* acaba permitindo a alteração do precedente, ou melhor, a mudança da *ratio decidendi* do precedente:

Há, em verdade, uma pequena correção da *ratio decidendi* ou a sua acomodação a um caso que, além de caracterizado pelas circunstâncias fáticas (ainda que não todas) que marcaram aquele que deu origem ao precedente, é constituído por outros fatos materiais, e, assim, depende de outras exigências. Note-se que o caso obviamente não pode ser integralmente diverso. Ele deve conter fatos presentes no caso que abriu ensejo ao precedente, aos quais se somam novas circunstâncias fáticas.

Na segunda hipótese, o *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato não é incompatível com a *ratio* a que se chegou no precedente, porque nesta situação a *ratio* não estaria sendo adequadamente ajustada.

Neste capítulo estudou-se o conceito e o processo de surgimento dos precedentes judiciais na tradição jurídica da *common law*, bem como os pontos fundamentais para se compreender como funciona uma política de precedentes judiciais, como a definição de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a autoridade (força) dos precedentes e as técnicas de utilização, como o *overruling* e o *distinguishing*. O próximo passo será compreender como funciona a vinculação aos precedentes judiciais no direito estrangeiro.

1.7 A vinculação aos precedentes no direito estrangeiro

Na *common law* nunca se acreditou que a segurança jurídica decorreria do texto da lei, mas sim da vinculação aos precedentes judiciais - *stare decisis* -, que em tese corresponderiam à correta interpretação do direito. Entretanto, pode-se dizer que a vinculação aos precedentes ocorre em todos os sistemas jurídicos (NOGUEIRA, 2013, p. 121).

Nesse sentido, explica Tucci (2004, p. 250) que:

Cumpra também esclarecer que, a exemplo dos países dominados pela regra do *binding precedent*, parte significativa das experiências jurídicas contemporâneas da *civil law*, contemplam, com diversificada intensidade, o

precedente judicial com força obrigatória, particularmente na esfera do controle direto da constitucionalidade das leis⁴².

Se a realidade é que todos os sistemas jurídicos possuem vinculação aos precedentes, variando apenas a intensidade com que essa vinculação ocorre, faz-se necessária a compreensão dessa variação nos diferentes sistemas jurídicos.

Assim, diante da imposição de uma política de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil, através do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessário compreender, mesmo que resumidamente, como funciona a vinculação aos precedentes judiciais nos principais ordenamentos jurídicos filiados à *common law* (Inglaterra e Estados Unidos da América), bem como nos sistemas jurídicos que influenciaram diretamente o direito processual brasileiro (Itália e Portugal).

1.7.1 Inglaterra

A Inglaterra foi o berço da *common law*. Com a conquista normanda da Inglaterra em 1066, e com a vasta experiência administrativa dos normandos para a época, a *common law* pode se desenvolver, em confronto com os costumes locais. A ideia era aplicar um direito comum (*commune ley*) em todo o reino.

Assim, a força dos precedentes no direito inglês possui uma justificativa histórica: é uma tradição presente desde 1066, que coincide com a formação da *common law* e que é absolutamente necessária para que o direito se organize, evolua e até sobreviva (NOGUEIRA, 2013, p. 121).

A partir do momento em que o juiz cria o direito partindo da solução de um caso concreto, seria inimaginável a ausência de continuidade da regra de direito fixada naquele caso específico. Nogueira (2013, p. 121) traz o seguinte exemplo:

Basta imaginarmos, em países membros da família *civil law*, que uma lei pudesse ser aprovada e publicada em um dia, estabelecendo uma conduta a ser seguida pelos cidadãos, e no dia seguinte uma outra lei, em sentido contrário, fosse também aprovada e publicada e assim sucessivamente. Em pouco tempo teríamos verdadeiro caos jurídico, sem que ninguém pudesse afirmar com um mínimo de segurança qual das leis estaria em vigor e qual regra de conduta seria lícita.

⁴² Importante se faz refletir que após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, no Brasil, até mesmo as decisões em controle de constitucionalidade difuso terão força vinculante.

Assim, a força dos precedentes vem da necessária continuidade do direito, que, na *common law*, é criado a partir das decisões judiciais. Nesse sentido, fala-se que a *common law* seria um *case law*, pois surge a partir da interpretação do judiciário sobre determinados casos, diferentemente da *civil law*, em que o direito surge de forma predominante a partir da criação legislativa.

A principal diferença está, portanto, nas fontes do Direito. Enquanto que na *civil law*, em regra, a fonte primária de aplicação do Direito é a lei, na *common law*, a fonte de Direito é a jurisprudência.

O estudo do desenvolvimento da *common law* no direito inglês e o surgimento dos precedentes nesse sistema já foi analisado em momento anterior. Portanto, neste tópico será analisado o contexto atual dos precedentes judiciais no direito inglês, abordando a estrutura do judiciário neste sistema, para descobrir quem julga os casos que vão se transformar em precedentes judiciais e quem se vincula a eles.

Para compreender a estrutura do direito inglês em seu atual contexto é necessário entender o que representa o Reino Unido e a União Européia para esse sistema. O Reino Unido é composto pela Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales, cada país possui uma organização judiciária, que é unificada em última instância, pela Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the UK*). Contudo, limita-se o presente estudo à análise da organização judiciária na Inglaterra, com as modificações trazidas pelo surgimento da Suprema Corte.

Antes do surgimento da Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the UK*), no ápice do judiciário inglês havia a *House of Lords* (Câmara dos Lordes), que através da *Appellate Committee*, constituía a última instância do Judiciário inglês, apesar de ser órgão integrante do Parlamento.

Entretanto, uma reforma que começou no dia 12 de junho de 2003, iniciou o processo de criação de uma Suprema Corte totalmente independente do Parlamento, a *Supreme Court of the United Kingdom*, o que se concretizou, pelo menos formalmente, com o *Constitutional Reform Act* de 2005.

A *House of Lords* (Câmara dos Lordes) funcionou por mais de 600 anos como última instância para casos cíveis julgados na Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales, além de outras funções. Entretanto, a nova realidade enfrentada pelo tradicional direito inglês, após o surgimento e a valorização da Comunidade Européia, afetou diretamente essa secular instituição (NOGUEIRA, 2013, p. 124).

A ideia de se ter uma Suprema Corte que ao mesmo tempo integrava o Parlamento era estranha para a Europa continental, visto que estaria sendo violado o princípio da separação de poderes.

Sobre o surgimento da Suprema Corte, os doutrinadores britânicos Cownie, Bradney e Burton (2007, p. 47) afirmam que "haverá uma separação de poderes mais completa porque os juízes da Suprema Corte não terão direito de integrar a Câmara dos Lordes quando ela atua como órgão legislador".

Por outro lado, como explica Nogueira (2013, p. 124):

Em que pese a afirmação de parte da doutrina de que a antiga *House of Lords* não violava na prática o princípio da separação de poderes, o fato é que a independência do Judiciário foi mencionada no *Constitutional Reform Act* de 2005, em seu terceiro artigo, quando prevê que 'o *Lord Chancellor*, os demais Ministros da Coroa, e todos com responsabilidade pelos assuntos relacionados ao Judiciário ou à administração da justiça devem defender a contínua independência do Judiciário'.

Ainda, existe parte da doutrina britânica que resiste à influência da Comunidade Européia ao seu tradicional sistema jurídico. É o que defende Sueur (2007, p. 07):

Antes de 12 de junho de 2003, o Governo tinha robustamente rejeitado todas as sugestões de que o papel do *Lord Chancellor* (ao mesmo tempo Ministro do Governo e Juiz) ou a posição dos *Law Lords* como membros do Legislativo violavam o artigo 6 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Ocorre que com a globalização e a influência de uma cultura jurídica sobre a outra nem mesmo o tradicional sistema inglês conseguiu resistir às mudanças. Além da *House of Lords* ter exercido durante séculos as funções legislativas e jurisdicionais ao mesmo tempo, o *Lord Chancellor* era Ministro do Governo e Chefe do Judiciário, enquanto que os membros da *Appellate Committee* da *House of Lords*, os *Law Lords*, tinham assento também para funções legislativas (NOGUEIRA, 2013, p. 124-125).

A divisão entre os poderes do Estado se misturavam, o *Lord Chancellor* era ao mesmo tempo Ministro do Governo e Chefe do Judiciário, enquanto os *Law Lords* exerciam as funções jurisdicionais e também legislativas. Com a Convenção Européia de Direitos Humanos, exigiu-se a independência e imparcialidade dos tribunais⁴³. Esse foi o motivo determinante para a instalação da Suprema Corte do Reino Unido.

⁴³ Dispõe o art. 6 da Convenção Européia de Direitos Humanos, em seu item 1, que: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente, num prazo razoável por um tribunal

Com a instituição da Suprema Corte a palavra final deixou de ser do *Appellate Committee of the House of Lords*, desde o dia 30 de julho de 2009. Entretanto, os precedentes da *House* continuam válidos. É o que explica Nogueira (2013, p. 125):

As decisões da nova Suprema Corte, disponíveis em seu *site* oficial, fazem referência aos precedentes da *House of Lords*, e não poderia mesmo ser diferente, posto que a criação da Suprema Corte não significou uma ruptura, nem total nem parcial, com o sistema de precedentes estabelecido e desenvolvido ao longo de séculos na Inglaterra.

Tanto é que a composição da nova Suprema Corte não é nova, seus membros são os mesmos 12 da *House of Lords*, os *Law Lords*. Assim, a Suprema Corte é a última instância de casos civis oriundos de todo o Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia) e casos criminais oriundos da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte.

Entretanto, é esclarecido pelo próprio Tribunal que o cidadão, em regra, não tem o direito de recorrer à Suprema Corte⁴⁴. O direito de recorrer está sujeito a severas restrições, se a Corte de Apelação, por exemplo, não der à parte vencida uma autorização específica para recorrer à Suprema Corte, essa decisão que não concedeu a autorização (*permission for a party to appeal*) não pode ser desafiada perante a Suprema Corte em nenhuma hipótese, de acordo com o *Access to Justice Act* de 1999 (NOGUEIRA, 2013, p. 126).

Quase todos os recursos exigem que o tribunal conceda permissão (*permission*) para que a parte vencida possa recorrer à instância superior. Caso a primeira instância (*lower court*) se recuse a permitir o recurso, novo requerimento de permissão pode ser feito ao tribunal de recursos. Há espaço para o segundo recurso somente se o recurso apresentar "ponto importante de princípio ou prática" ou se houver "outro motivo muito convincente que leve" a *Court of Appeal* a admiti-lo. A segunda ou até mesmo a terceira instância de recurso vai da *Court of Appeal* para a Suprema Corte, esta controla diretamente o fluxo dos casos que serão encaminhados à instância superior, e dará permissão para o recurso final somente se os

independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela".

⁴⁴ "A menos que um desses Tribunais tenha dado uma decisão afetando você, você não será capaz de levar seu caso à Suprema Corte. E nem todos esses julgamentos dos Tribunais podem ser objeto de recurso para a Suprema Corte" *A guide to bringing a case to Supreme Court*, item 1.2. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/files/A-guide-to-bringing-a-case-to-The-Supreme-Court.pdf>. Acesso em: 09/02/2015.

integrantes do tribunal estiverem convencidos de que o caso envolve uma questão pública ou tenha importância especial (ANDREWS, 2009, p. 193-194).

Nesse sentido, Peele (2004, p. 448-449) explica que:

Essas mudanças são para diminuir a carga de trabalho da Corte de Apelação, embora elas inevitavelmente limitem o acesso ao Tribunal. O princípio por trás dessa nova abordagem do mecanismo recursal parece ser o de que uma única via recursal é suficiente e que as oportunidades para apelar indefinidamente devem ser reduzidas.

Até fevereiro de 2010, a Suprema Corte havia concedido 24 permissões para recorrer, e recusado outras 61, em casos cíveis e criminais⁴⁵.

Abaixo da Suprema Corte está a *Court of Appeal* (Corte de Apelação), com uma composição de 37 membros, em duas *divisions* (divisões): *Civil division* (divisão civil) e *Criminal division* (divisão criminal). Compete à *Civil division* julgar recursos de causas cíveis e de família da Inglaterra e País de Gales.

De acordo com o item 13 da Parte 52 do Código de Processo Civil inglês (*Civil Procedure Rules* - CPR) uma permissão da Corte de Apelação é exigida para qualquer recurso de uma decisão de um *County Court* ou das *High Courts*. De acordo com Nogueira (2013, p. 127), a regra é a não concessão da permissão pela *Court of Appeal*, a não ser no caso das seguintes exceções:

(a) o recurso poderia trazer uma importante questão de princípio ou prática (fato); ou (b) exista alguma razão convincente para a Corte julgar o recurso. Ao contrário do que ocorre na *Supreme Court*, a Corte de Apelação pode rever uma permissão negada por uma Corte inferior, desde que a parte faça o pedido em 07 (sete) dias.

A organização judiciária inglesa, no cível e na 1ª instância, contempla a *Hight Court of Justice*, que compreende, por sua vez, três *divisions*: o *Queen's Bench*, a *Family* e a *Chancery*, com uma divisão de competência em razão da matéria. A *Queens Bench* julga casos relacionados a contratos, indenizações decorrentes de ilícitos extracontratuais e outras questões de direito comercial. A *Family Division* julga questões de família, de menores, entre outras, enquanto que a *Chancery Division* aprecia casos relacionados à matéria tributária, falência, patentes, e outras. Apesar das Divisões serem órgãos colegiados, alguns julgamentos são monocráticos (NOGUEIRA, 2013, p. 128).

⁴⁵ Os dados foram obtidos no *site* da Suprema Corte do Reino Unido. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/docs/pta-0910-1002.pdf>. Acesso em: 09/02/2015.

Para as causas menores ainda existem as *County Courts*, *Family Proceedings Court* e os *Tribunals*, todos de 1ª instância. O encaminhamento de causas à *High Court* ou à *County Court* é determinado pela referência ao valor da indenização, sua complexidade e importância pública (ANDREWS, 2009, p. 64).

Desse modo, os precedentes judiciais da Suprema Corte são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais da Inglaterra, enquanto que os precedentes da Corte de Apelação são vinculantes para todos os juízos que lhe são inferiores, desde que não contrariem os precedentes da Suprema Corte.

Nesse sentido, explicam Cownie, Bradney e Burton (2007, p. 99):

Precedente não se resume a identificar a *ratio*. Também envolve considerações sobre o *status* da corte. Precedente é um sistema hierárquico onde os Tribunais ficam vinculados aos Tribunais acima deles. Deste modo, a *House of Lords* é a corte dominante. Suas decisões são vinculantes para todas as cortes abaixo dela, incluindo a *Court of Appeal*.⁴⁶

Desse modo, percebe-se que faz parte da cultura judiciária inglesa o fato de que os tribunais inferiores devem respeito aos entendimentos (precedentes) dos tribunais superiores. Existe uma preocupação no sentido de que existe uma única interpretação correta do direito, e esta interpretação deve ser seguida por todos os órgãos jurisdicionais.

Após a análise, mesmo que resumida, da estrutura judiciária inglesa, cumpre, neste momento, a análise mais detalhada da importância que se dá sobre a vinculação aos precedentes neste ordenamento jurídico.

De acordo com Nogueira (2013, p. 129), "a doutrina estrangeira reconhece que o sistema inglês é extremamente rígido, em que pese inexistir norma escrita (*statute*) dizendo que os precedentes da Suprema Corte são vinculantes":

Os precedentes são vinculantes porque essa consistência é necessária para o Direito. E se indagarmos qual o fundamento dessa regra a resposta pode soar ainda mais estranha: quem diz que o precedente vincula é um precedente.

No *civil law* estamos acostumados a buscar na lei (*statute*) o fundamento de validade de um direito, e sendo as leis omissas, obscuras, contraditórias, duvidosas, aí sim buscamos esse fundamento na jurisprudência, que tem uma importância secundária. O mesmo não ocorre no sistema da *common law*, pelo menos não no sistema inglês.

⁴⁶ É importante destacar que o autor fala em *House of Lords* em razão do fato de que a obra foi escrita antes da instalação da Suprema Corte.

Na *common law*, não se teve a ideia de que a segurança jurídica viria da lei, mas sim da vinculação às decisões judiciais. A própria Constituição é formada por normas não escritas, por decisões judiciais que definem quais são os direitos do cidadão e os limites do Poder Público (NOGUEIRA, 2013, p. 130).

O fundamento de validade dos institutos jurídicos da *common law* inglesa é o precedente judicial⁴⁷, isto porque se a *common law* é formada por decisões judiciais dadas para casos concretos, e a partir dessas decisões se extrai a norma de direito genérica, é absolutamente essencial para a sobrevivência desse sistema que o precedente seja obrigatório.

Apesar de ser uma tradição na Inglaterra a vinculação aos precedentes, existe uma decisão da antiga divisão jurisdicional da *House of Lords*, estabelecendo a obrigatoriedade de obediência ao precedente. Nesse sentido, Cross e Harris (2004, p. 102) explicam que:

Apesar da regra ter sido virtualmente estabelecida em *Beamish v. Beamish*, o caso que é mais frequentemente citado como tendo finalmente estabelecido, por 68 anos, que a *House of Lords* estava vinculada às suas decisões anteriores é *London Tramways v London County Council*.

Nesse sentido, Nogueira (2013, p. 134) explica que a partir principalmente dos dois primeiros precedentes supra citados (*Beamish e London Tramways*), que pronunciam a necessidade de vinculação aos precedentes, ainda que não sejam reiterados e exista apenas uma decisão, iniciou-se definitivamente uma teoria de vinculação aos precedentes judiciais extremamente rígida, a ponto do juiz inglês ficar vinculado a um precedente mesmo que o considere equivocado ou mal decidido.

A rigidez da vinculação ao precedente no direito inglês é tamanha que Cross e Harris (2004, p. 03) afirmam que:

Uma característica peculiar da teoria dos precedentes inglesa é que eles são altamente coercitivos. Os juízes ingleses são às vezes obrigados a seguir o precedente ainda que eles tenham uma boa razão para não fazê-lo.

Essa rigidez foi objeto de uma tentativa de relativização em 1966, ocasião em que a *House of Lords* editou o *Practice Statement*, desobrigando os juízes da *House of Lords* de se vincularem aos próprios precedentes⁴⁸.

⁴⁷ "Os tribunais devem seguir a *ratio*, concordem eles ou não". (COWNIE; BRANEY; BURTON, 2007, p. 94).

⁴⁸ O texto do *Practice Statement* de 1966, extraído do livro de Nogueira (2013, p. 135), dispõe que: "*Their Lordships* consideram o uso dos precedentes como um fundamento indispensável sobre o qual se decide o que é o Direito e sua aplicação a casos individuais. Ele fornece, ao menos, um grau de certeza sobre o qual os

Apesar da autorização que a *House of Lords* concedeu a si própria, a utilização do expediente não foi e nem tem sido muito usual. Gearey, Morrison e Jago (2009, p. 81) afirmam que "nos anos posteriores a 1966, ficou de fato claro que o afastamento dos precedentes só teria lugar em circunstâncias muito raras".

Isso demonstra a preocupação dos ingleses em manter suas tradições. Sobre o assunto, destacamos a definição de "tradição" trazida pelo historiador Hobsbawn (2008, p. 09):

Tradição seria um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade em relação ao passado. Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado.

A tradição dos precedentes vinculantes no direito inglês busca estabelecer essa "continuidade com um passado histórico", tendo em vista que a repetição dos precedentes permite a continuação do processo de criação do direito, mantendo a coerência do sistema com o passado.

Os reflexos do *Practice Statement* de 1966 são observados na decisão do caso *Price & Ords v. Leeds City Council*, de 2005, no qual a *House of Lords* decidiu uma importante questão: estaria ela vinculada às suas próprias decisões mesmo que haja uma decisão posterior em sentido contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos⁴⁹?

indivíduos podem confiar na condução dos seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das regras jurídicas. *Their Lordships* todavia reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do Direito. Eles propõem, então, para modificar a presente prática, que ao tratar as decisões dessa *House* como vinculantes, eles possam se desvincular da decisão anterior, quando isso parecer ser o certo a se fazer. Nesse contexto, eles vão ter em mente o perigo de perturbar retroativamente a base sobre a qual os contratos, a liquidação de bens e o regime fiscal foram estabelecidos e também a especial necessidade de conferir segurança à lei penal. Esse anúncio não afeta o uso dos precedentes em outro lugar que não esta *House*".

⁴⁹ Em razão da União Europeia, ocorreu outra modificação significativa no sistema judiciário inglês, com o surgimento da Corte Europeia de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights* - ECHR), que passou a ter competência para rever algumas decisões proferidas pelas últimas instâncias de todos os países da União Europeia. Este Tribunal foi criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 19. Contudo, a Corte Europeia de Direitos Humanos não é uma instância ordinária, pois o próprio artigo que a criou estabelece uma limitação à sua competência, dispondo que a Corte estaria sendo criada para assegurar o respeito dos compromissos que resultam da Convenção e seus protocolos⁴⁹.

Nogueira (2013, p. 136), analisando a questão, afirma que o Tribunal chegou à conclusão de que os princípios da *common law* inglesa não são imutáveis, e que o próprio tribunal reservou-se ao direito de alterar seus precedentes através do *Practice Statement* de 1966. Desse modo, sendo a Corte Européia de Direitos Humanos um tribunal de hierarquia superior, seria necessário que a *House* "considerasse" o entendimento desta Corte.

Importante também mencionar que o respeito aos precedentes somente se viabilizou a partir do momento em que as decisões judiciais foram catalogadas, por meio dos *Reports*. Nesse sentido, Nogueira (2013, p. 131) explica que "antes que houvessem os *Reports*, as decisões anteriores não chegavam ao conhecimento dos juízes, e ficava extremamente difícil seguir um precedente cuja divulgação tivesse sido inexistente".

A principal utilidade dos *reports* (repositórios) seria demonstrar, no bojo de uma contenda judicial, qual é o direito aplicável àquele caso em julgamento (SOUZA, 2006, p. 110).

Atualmente, com o avanço tecnológico, principalmente após o surgimento da rede mundial de computadores, se tornou muito mais fácil o acesso aos precedentes, de modo que se tornou fácil encontrar o direito aplicável para aquele determinado caso sob julgamento.

Contudo, o secular sistema inglês de respeito aos precedentes sofreu recentemente duas modificações significativas, ambas provocadas por algo que aos ingleses é atípico: leis escritas (*statutes* ou *acts*) (NOGUEIRA, 2013, p. 136).

A primeira modificação se deu com o ingresso da Inglaterra na União Européia e a sua consequente adesão à Convenção Européia de Direitos Humanos, que conforme já mencionado, criou a Corte Européia de Direitos Humanos, com competência para rever decisões proferidas nos países europeus que desrespeitassem os direitos previstos na Convenção. Portanto, acima da *Supreme Court of UK*, nas questões relativas aos direitos humanos previstos na Convenção, situa-se a Corte Européia de Direitos Humanos.

Conforme a explicação de Nogueira (2013, p. 137), em 1998 o Parlamento inglês aprovou o *Human Rights Act* - HRA, uma lei cujo objetivo seria dar mais eficácia aos direitos e liberdades assegurados na Convenção Européia de Direitos Humanos, dispondo que todos os Tribunais deveriam interpretar as leis inglesas de acordo com a Convenção (art. 3), que

Nas palavras de Nogueira (2013, p. 123), a Corte Européia de Direitos Humanos "foi criada para apreciar questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, bem como de seus protocolos". Nesse sentido, a petição individual, meio processual por meio do qual se leva uma queixa à Corte, só é admissível após o esgotamento das vias recursais internas, conforme o art. 35, 1, da Convenção.

todos os Tribunais, em casos relacionados aos direitos previstos na Convenção, deveriam levar em consideração os precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos (art. 2) e que, se os Tribunais entendessem que alguma regra de *statute* inglês fosse contrária à Convenção, poderiam declarar a sua incompatibilidade (art. 4).

Assim, surge uma instância superior à Suprema Corte do Reino Unido, que seria a Corte Européia de Direitos Humanos. Nesse sentido, seguindo a lógica do sistema de precedentes, a Suprema Corte teria que, a partir de então, considerar os precedentes da Corte Européia.

De acordo com Zander (2004, p. 255), os Tribunais do Reino Unido não estão vinculados por nenhum precedente da Corte Européia mas devem levá-los em consideração, "seja lá o que isso queira dizer", e que se os Tribunais do Reino Unido concluírem que um precedente vinculante deles é incompatível com a Convenção, na forma como interpretada pela Corte Européia, deve prevalecer para os casos futuros o precedente da Corte Européia.

Nesse sentido é também a explicação de Nogueira (2013, p. 138):

O precedente da *House*, hoje *Supreme Court*, não deve mais ser seguido se a Corte Européia decidiu que esse precedente está errado porque viola o *Human Rights Act*, caso em que prevalece o precedente da Corte Européia.

O raciocínio de um sistema de precedentes é que, se o órgão superior possui aquele entendimento e, este órgão superior é, por corolário, o órgão revisor daquela decisão, não faz sentido que o órgão inferior tenha outro entendimento, isto porque a decisão será reformada de acordo com o entendimento do órgão superior.

Sendo assim, se a Corte Européia funciona como instância superior à Suprema Corte, nos casos relativos aos direitos humanos previstos na Convenção, não teria porque não reconhecer o caráter vinculante dos precedentes da Corte Européia às instâncias inferiores.

Outra alteração relevante foi a aprovação do Código de Processo Civil inglês, o *Civil Procedure Rules* - CPR, que desde abril de 1999 estabelece novas regras para que os juízes conduzam os processos "com justiça" (NOGUEIRA, 2013, p. 138).

Com a edição do Código de Processo Civil inglês, verifica-se que as *rules* (leis escritas) estão ganhando força nesse sistema jurídico. Nas palavras de Zander (2004, p. 256):

O que mudou é que uma contínua primazia deve ser dada às *rules* e ainda mais importância ao espírito que as motivaram. Nesta medida a teoria dos precedentes foi modificada. Decisões previamente obrigatórias, ainda que aparentemente obrigatórias, serão meras orientações. O juiz, ao lidar com os

casos, terá que primeiramente respeitar as *rules* e não o que os precedentes haviam dito anteriormente.

O citado autor parece aceitar tranquilamente a ideia de que uma norma escrita pode alterar precedentes, ainda que indiretamente, ao argumento de que os precedentes formados antes da edição da lei não servem mais à nova realidade, trazida pela lei escrita, de modo que o juiz deve obedecer à lei escrita, e não ao precedente.

Ainda, Nogueira (2013, p. 138) destaca a decisão do Tribunal da Escócia, que, em 1950, julgando o caso *Beith's Trustees v Beith*, concluiu que a *ratio decidendi* sobre a qual se baseia uma decisão anterior fica invalidada ou é substituída por uma legislação posterior, deixando de ser obrigatória.

O que se observa é que o sistema inglês, berço da *common law*, que antigamente, era composto de forma dominante por entendimentos jurisprudenciais - mais precisamente, precedentes judiciais -, vem sofrendo influência de outros sistemas jurídicos, em especial se levarmos em consideração o crescimento da importância da legislação escrita em seu ordenamento jurídico.

Importante se faz esclarecer que o direito inglês não é o tema principal do presente trabalho, mas se a intenção é a análise de uma teoria de precedentes judiciais vinculantes a ser instalada no sistema jurídico brasileiro, faz-se necessário compreender como isto funciona no direito estrangeiro, principalmente no sistema inglês, que foi onde surgiu esta teoria.

1.7.2 Estados Unidos da América

Em razão de sua pertinência para o presente trabalho, faz-se necessário a análise da vinculação aos precedentes também no sistema norte-americano, que apesar de ter sofrido enorme influência do sistema inglês, possui suas peculiaridades.

Situação curiosa é a dos Estados Unidos da América - EUA, que em razão da histórica influência do direito inglês, filia-se à *common law*, mas ao mesmo tempo conserva características típicas da família *civil law*⁵⁰. Conforme explica Nogueira (2013, p. 153) "nos Estados Unidos, ao contrário do que ocorre na Inglaterra, além de existir uma Constituição escrita, o papel das leis é fundamental".

⁵⁰ "A divisão estanque entre as duas famílias vem cada vez mais diminuindo, a ponto de levar parte da doutrina estrangeira a se questionar se ainda é pertinente adotar essa classificação, e os Estados Unidos estão situados exatamente em uma zona fronteira entre as duas famílias (NOGUEIRA, 2013, p. 153).

A importância das leis no sistema norte-americano possui uma justificativa histórica, qual seja, em razão de sua complexidade, a *common law* não seria compreendida pelos colonos do século XVII, que não tinham formação jurídica. Nesse sentido, Roque (2008, p. 254) afirma que:

(...) as condições sociais, políticas e econômicas nas colônias americanas eram relativamente primitivas no século XVII, fato este que não permitiria a plena incorporação de um sistema tão complexo como havia se tornado a *common law* na Inglaterra. As rígidas formas processuais nas Cortes Reais inglesas (*forms of action*) não seriam compreendidas por colonos sem formação jurídica. A justiça era administrada em muitas colônias por pessoas leigas, através de procedimentos informais, lembrando em certos aspectos as cortes locais que existiam na metrópole na época da conquista normanda. Para possibilitar que homens leigos compreendessem os elementos mais simples da *common law* adaptados à realidade americana, foram editados códigos escritos em quase todas as colônias.

Assim, neste primeiro momento, será abordada a influência inglesa no sistema norte-americano, e como ele adaptou os fundamentos da *common law* à sua realidade, criando um sistema no qual as legislações escritas (*statute law*) e codificações também possuem destaque.

O território que hoje é os Estados Unidos foi ocupado inicialmente em 4 regiões, que mais tarde ficaram conhecidas como as treze colônias: Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Nova Hampshire, Nova Jérsei, Nova Iorque, Pensilvânia, Delaware, Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia.

Essa parte inicial da colonização dos Estados Unidos tem pouca importância para o direito, a não ser pelo fato de a Inglaterra ter assumido a colonização e assim ter imposto seu *english way of life* (NOGUEIRA, 2013, p. 154).

Hazard Jr. e Taruffo (1993, p. 1-6) explicam que antes da Inglaterra estabelecer-se no aludido território, as colônias foram ocupadas por outros países europeus, mas a partir de 1660 a Inglaterra expulsou as outras forças européias, assegurando seu domínio sobre as treze colônias, com a exceção da Louisiana.

Somente em 1763 a Inglaterra assina com a França o Tratado de Paris, pondo fim a um conflito entre as duas nações que ficou conhecido como Guerra dos Sete Anos. Um dos termos do Tratado previa a entrega da França para a Inglaterra do Estado da Louisiana.

É importante destacar que o Estado da Louisiana, por ter sofrido durante anos a influência francesa, possui intensa codificação, a ponto de ser considerado da família *civil law*. Conforme explicam Levasseur e Feliú (2009, p. 716):

O sistema legal da Louisiana é um dos poucos no mundo onde a *civil law* é rotineiramente praticada em inglês. O sucesso dessa experiência, agora com 200 anos, mostra que os juristas da Louisiana encontraram uma maneira de moldar a linguagem inglesa da *common law* para se ajustar ao *civil law*⁵¹.

Após o fim da Guerra dos Sete Anos, a Inglaterra emergiu como grande potência mundial, e precisava se reerguer economicamente, tendo em vista que os gastos militares haviam sido elevados. Para atingir esse objetivo, dirigiu sua atenção às treze colônias, explorando-as economicamente. Entretanto, para se reerguer economicamente às custas das colônias, os ingleses iniciaram um processo de majoração de impostos, impondo algumas restrições, tais como a Lei da Moeda (1764), Lei da Hospedagem (1764), Lei do Selo (1765) e a Lei do Chá (1773). As leis do Parlamento inglês foram mal recebidas nas treze colônias, e ele respondeu com mais leis, o que incentivou o processo de independência (KARNAL, 2008, p. 80).

Fato curioso a ser mencionado é que as colônias se rebelaram contra a Inglaterra por questões alheias à independência, que não era cogitada no início da rebelião. Sobre o tema, McCullough (2006, p. 66-67) afirma que:

Quando perguntavam o motivo da luta, a maioria do exército - os oficiais e soldados das fileiras - respondia, até ali, que era em defesa de seu país e de suas legítimas liberdades enquanto ingleses nascidos livres. Nathanael Greene disse à sua mulher que foi para 'defender os nossos direitos comuns' que ele foi para a guerra. Ninguém mencionava a independência.

Até então as colônias consideravam a independência um caminho radical, mas a postura arrogante da Inglaterra, através do Rei Jorge III, que se recusava até mesmo a ouvir os colonos, cada vez mais revoltados, combinada com a publicação da obra de Thomas Paine, "Senso Comum", que praticamente exigiu a ruptura total com a metrópole, foram fatores que influenciaram diretamente a independência dos norte-americanos (NOGUEIRA, 2013, p. 158).

Sobre o assunto Hitchens (2007, p. 36) narra que:

Em abril de 1775, muito sangue foi derramado entre tropas britânicas e norte-americanas nas batalhas de Lexington e Concord. A partir daí a relação

⁵¹ No original: "The legal system of Louisiana is one of a handful in the world in which the civil law is practiced in English as a matter of routine. The success of this experience, now 200 years old, illustrates that the Louisiana legal professions have found a way to shape the English language of the common law to fit the civil law of the State".

entre a coroa e os colonos deixou de ser fraternal e tornou-se fratricida. Paine se manifestou com rapidez pela defesa da independência.

A decisão pela independência foi tomada em 02 de julho de 1776 no Congresso da Filadélfia, mas a Declaração enquanto documento escrito só ficou pronta em 04 de julho, considerado oficialmente o dia da independência norte-americana, mas a Guerra da Independência somente acabou em 03 de setembro de 1783, quando a Inglaterra reconheceu formalmente a independência dos norte-americanos.

Contudo, desaparecido o inimigo comum, restavam os problemas de organização política interna das treze colônias. A tese dos federalistas prevaleceu, sendo que as 13 colônias foram unificadas, apesar de o fato de que já em 1777, doze das treze colônias já tinham suas próprias Constituições, o que revelava não só a opção por um texto fundamental escrito mas também o grau de autonomia que as colônias já ostentavam, desde o tempo da colonização (NOGUEIRA, 2013, p. 159).

Em 1787, durante a Convenção Constitucional da Filadélfia, foi discutida e aprovada a Constituição dos Estados Unidos, estabelecendo a forma federal do Estado, os órgãos de poder, as suas competências e forma de funcionamento. Neste ano, os Estados Unidos aprovaram a sua primeira e, até hoje, única Constituição.

Desse modo, destaca-se a explicação de Paixão e Bigliuzzi (2008, p. 131-145):

Como se sabe, a Constituição norte-americana alterou completamente as bases políticas, econômicas e institucionais vigentes até o momento de sua ratificação. No plano político, estava criado um tipo original de organização do poder, a partir de então caracterizado como um federalismo dual, em que a soberania seria compartilhada entre a União e os Estados, conforme uma divisão de atribuições fixada no texto da Carta Constitucional.

Entretanto, faltava uma Carta de Direitos, que não havia sido contemplada no texto original da Constituição de 1787. Apenas em dezembro de 1791 foi inserido um rol de direitos fundamentais, que compunham as dez primeiras emendas constitucionais.

Desse modo, Nogueira (2013, p. 159) afirma que:

Assim os Estados Unidos tinham, ao contrário da Inglaterra: uma Constituição escrita (necessária para unir as treze colônias), um sistema de separação de poderes - *checks and balances* - inspirado nas lições de Montesquieu (evitava a concentração de poderes), representatividade popular (impedia a taxaçoão sem representação), um sistema federativo (cada Estado conservava uma parcela de autonomia), um Presidente com mandato temporário (renovação de poder) e um Poder Judiciário com possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis (não adota os EUA o princípio inglês da soberania parlamentar).

Essa introdução histórica é importante para se compreender o sistema jurídico norte-americano, porque embora ele seja muito próximo da *common law* dos ingleses, este possui algumas características inerentes à família *civil law* - como por exemplo o destaque da legislação escrita e das codificações. Esse fato irá ajudar a entender porque existem algumas diferenças no sistema de precedentes norte-americano com relação à *common law* da Inglaterra.

Em um segundo momento, assim como foi realizado no estudo do direito inglês, faz-se necessário compreender, mesmo que resumidamente, a estrutura do judiciário norte-americano, tendo em vista que é fundamental conhecer o seu sistema federativo, já que cada Estado tem sua própria Suprema Corte.

Os Estados Unidos adotam o federalismo, cada Estado possui autonomia relativa para legislar sobre diversos assuntos. A 10ª Emenda à Constituição demonstra a força do federalismo, prevendo que "os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados ao Estado ou ao povo".

Nesse sentido, Freer (2006, p. 12) explica que "os estados independentes que formaram os Estados Unidos cederam poderes para a formação de um governo nacional", e que em razão disso, "os poderes não cedidos para o governo federal remanescem com os estados e o povo".

Com relação ao Poder Judiciário, cada Estado possui a sua organização judiciária, possuindo, inclusive, cada qual a sua Suprema Corte. Nogueira (2013, p. 169) cita dois estados norte-americanos, Califórnia e Illinois:

Em Illinois existe uma Suprema Corte com sete membros (*justices*), e abaixo dela existem cinco *Appellate Courts*, dividida em 5 *Circuits*, e mais abaixo ainda, com competência originária, vinte e duas *Circuits Courts*. Já na Califórnia também há uma *Supreme Court*, com sete *justices*, abaixo dela seis *Courts of Appeal* e mais abaixo ainda cinquenta e oito *Superior Courts*.

Tendo em vista a grande quantidade de sistemas judiciários estaduais, não será possível analisar detalhadamente cada Estado, sendo necessário apenas se ter em mente que a organização judiciária norte-americana também é piramidal, de modo que os Tribunais estaduais estão vinculados aos precedentes da Suprema Corte.

Apesar da autonomia, existem pontos em comum entre os Estados, como a previsão do júri no primeiro grau de jurisdição, que é herança da *common law* inglesa (*Superior Courts* na Califórnia e *Circuit Courts* em Illinois). (NOGUEIRA, 2013, p. 170).

Entretanto, o mais interessante é o papel das Supremas Cortes estaduais. Como regra, não há o direito de recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos, e em muitos casos cíveis a revisão por esta Corte é discricionária, porque ela ouve um número pequeno de casos, ela escolhe apenas aqueles em que um pronunciamento é necessário para trazer clareza e certeza para o direito (FREER, 2006, p. 17).

Ainda, conforme a explicação de Nogueira (2013, p. 170 *apud* FREER, 2006, p. 19), a autonomia do Tribunal estadual impede que a Suprema Corte dos Estados Unidos faça a revisão da interpretação que a Corte estadual deu para o direito estadual, salvo quando dois requisitos cumulativos estiverem presentes:

- 1) é preciso que a Justiça estadual tenha exaurido sua jurisdição sobre o litígio, ou seja, é preciso que a parte tenha conseguido ultrapassar a barreira discricionária que impede que um enorme número de recursos sejam julgados pelas *States Supreme Courts*, de modo que se a Corte Suprema estadual não permitiu o julgamento do recurso, não há nada que a Suprema Corte possa fazer; e
- 2) a Suprema Corte somente pode rever questões de direito federal. Se uma Corte Suprema estadual decide que o aborto, perante as leis estaduais, é permitido, não há possibilidade da Corte federal rever essa decisão, mas se a decisão é baseada na Constituição norte-americana é possível a revisão da Suprema Corte, porém dizer que a revisão é possível é pouco, já que o direito de recorrer à Suprema Corte também não é garantia da parte.

Esta questão será melhor trabalhada no tópico seguinte, no qual será abordada a competência recursal da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O ponto mais importante até agora é verificar que, por razões históricas, os entes federados norte-americanos possuem enorme autonomia frente à Federação.

Isto porque conforme já visto, os Estados norte-americanos já existiam antes do pacto federativo⁵², diferentemente do Brasil, em que já existia uma federação e um território nacional, o qual foi dividido posteriormente em entes federados.

Ainda, o art. III da Constituição norte-americana prevê um sistema de justiça federal, que era necessário, à época em que se discutiu o tema na Convenção Constitucional, para garantir a implementação de políticas federais, especialmente quando essas políticas estivessem conflitando com interesses locais e estaduais (NOGUEIRA, 2013, p. 176).

⁵² Após a independência, 12 das 13 colônias norte-americanas já tinham suas próprias Constituições escritas. Ou seja, até mesmo a Constituição Federal norte-americana é posterior às Constituições estaduais.

Todos os órgãos estão organizados em um sistema piramidal, com a Suprema Corte ocupando seu ápice, de modo que há uma estrutura hierarquizada que faz com que os precedentes das Cortes superiores sejam vinculantes para as inferiores.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América está no ápice da estrutura judiciária norte-americana, localizada em Washington, talvez seja o Tribunal mais conhecido do mundo. Os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos são os mais importantes, pois vinculam todo o Judiciário norte-americano.

As decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos interferem diretamente não só no direito norte-americano, mas também nos padrões de comportamento da sociedade norte-americana. Nesse sentido, Souto (2008, p. 1-2), citando Peter Odegard, afirma que:

A propósito, como bem assinalou, na década de 40, Peter H. Odegard, os valores e padrões de comportamento da sociedade estadunidense foram em grande parte ditados ou influenciados por sua Suprema Corte, que tem determinado o formato da civilização americana (*has been a master force in determining the shape and purpose of America civilization*).

Chegou a haver resistência sobre a criação da Suprema Corte dos Estados Unidos, isto porque os Estados já possuíam suas próprias Supremas Cortes, e não queriam vê-las ofuscadas por uma instância superior.

Nogueira (2013, p. 171) explica que os *Articles of Confederation* (Artigos da Confederação, a primeira Constituição dos Estados Unidos, que formavam uma Confederação entre as 13 colônias) sequer mencionavam a existência de um Tribunal porque as disputas entre as pessoas seriam resolvidas pelas Cortes estaduais, enquanto que as disputas entre os Estados seriam levadas ao Congresso da Confederação.

Entretanto, apesar das resistências dos Estados, foram eles que forneceram um modelo para uma Suprema Corte nacional, criando Supremas Cortes Estaduais que serviriam de base para a criação da atual Suprema Corte dos Estados Unidos. Nas palavras de Hoffer, Hoffer e Hull (2007, p. 22):

Um consenso geral sobre a necessidade de uma Corte nacional repousava sobre o reconhecimento de que os tribunais estaduais não deveriam decidir questões sobre o domínio dos mares (pirataria, captura e salvamento) e diplomacia, casos envolvendo partes estrangeiras e casos envolvendo a receita pública federal. E mais, quando cidadãos de diferentes estados ou os próprios estados estivessem em litígio, tinha que haver um Tribunal imparcial para decidir a questão. A versão dos confederados para a arbitragem era possível, mas de difícil execução.

Percebeu-se que embora os Estados não quisessem que suas Supremas Cortes perdessem uma parcela de poder, não havia outra alternativa senão a criação de uma Suprema Corte nacional. Assim, a Suprema Corte nacional encontrou sede constitucional, mais precisamente, no artigo III, Seção I, da Constituição norte-americana, que dispõe:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo⁵³.

O número de membros variou um pouco no decorrer do tempo, sendo que a formação original, estabelecida pelo *Judiciary Act* de 1789, era de 6 membros, entretanto, atualmente a Corte é composta por 9 membros: um Presidente (*Chief of Justice*) e 8 Juízes Associados (*Associated Justices*), sendo que todos são nomeados pelo Presidente da República⁵⁴.

A competência originária da Suprema Corte também está prevista na Constituição⁵⁵, no artigo III da Seção 2, que assim dispõe:

⁵³ Origem constitucional: Article III, §1, of the Constitution provides that "[t]he judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish." The Supreme Court of the United States was created in accordance with this provision and by authority of the Judiciary Act of September 24, 1789 (1 Stat. 73). It was organized on February 2, 1790.

⁵⁴ Disponível em <http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>. Acesso em 11/02/2015.

⁵⁵ Jurisdiction. According to the Constitution (Art. III, §2): "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;-to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;-to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;-to Controversies to which the United States shall be a Party;-to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;-between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

"In all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make." Appellate jurisdiction has been conferred upon the Supreme Court by various statutes, under the authority given Congress by the Constitution. The basic statute effective at this time in conferring and controlling jurisdiction of the Supreme Court may be found in 28 U. S. C. §1251 et seq., and various special statutes.

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; as controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e consules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

Desse modo, observa-se que a competência da Suprema Corte pode ser originária (único grau de jurisdição), em regra quando houverem questões de diplomacia, bem como se houver o envolvimento de um dos Entes Federados, sendo que nos demais casos a Corte exerce competência recursal.

Portanto, a Suprema Corte também exerce jurisdição em grau de recurso, ocasião em que ela pode julgar casos levados por partes insatisfeitas com decisões das cortes federais de apelação e de cortes de apelação especializadas do sistema federal.

A Corte pode julgar casos levados diretamente dos tribunais distritais em certas ocasiões em que uma lei do Congresso foi declarada inconstitucional. Também podem ir diretamente para a Corte, casos oriundos dos tribunais distritais especiais de três juízes criados para julgar algumas classes de casos designados pelo Congresso (NOGUEIRA, 2013, p. 173).

Quando os casos julgados pelas Cortes Supremas estaduais envolvem reclamações de acordo com leis federais ou com a Constituição, estes podem ser apreciados pela Suprema Corte. Mais precisamente, um caso pode ir para a Corte vindo do mais alto tribunal estadual com poder de julgá-lo (BAUM, 1985, p. 25)

Nas palavras de Nogueira (2013, p. 174):

A Suprema Corte pode receber recursos oriundos das Cortes de Apelação da Justiça Federal (*United States Courts of Appeal*) e, como visto acima, das Supremas Cortes estaduais, em questões envolvendo o direito federal (leis

federais ou a própria Constituição dos EUA), mas, apesar da sua competência recursal, não há o direito da parte de ver seu recurso sendo julgado por ela.

A Suprema Corte escolhe discricionariamente os recursos que quer julgar, após analisar o pedido feito pela parte em petição, chamado de *writ of certiorari*. A escolha é feita em reunião com os nove membros da Corte, e são necessários pelo menos quatro votos pelo recebimento do recurso⁵⁶. As regras do *writ of certiorari* estão no Regulamento da Corte (*Rules of the Supreme Court of the United States*). Ainda de acordo com o Regulamento (*Rules*), as razões que podem levar a Corte a aceitar julgar um recurso são:

a) uma *United States Court of Appeal* proferiu uma decisão anteriormente proferida por outra *Court of Appeal* sobre questão semelhante; b) a *Court of Appeal* proferiu uma decisão, sobre uma importante questão federal, contrária a uma Suprema Corte estadual; c) uma Corte estadual ou uma *US Court of Appeal* decidiu uma importante questão de direito federal que não foi, mas deveria ser, resolvida pela *Supreme Court*, ou tenha decidido uma importante questão de direito federal que conflita com decisões relevantes da própria *Supreme Court*⁵⁷.

Entretanto, Pinto (2007, p. 12) afirma que tais regras claramente não ajudam muito a definir o que realmente é preciso para que um caso tenha seu mérito apreciado pela Suprema Corte, na medida em que estabelecem apenas um ponto de partida para os *justices* admitirem, ou não, determinada causa, sendo que essa dificuldade agrava-se pelo fato de que as decisões de conceder ou não o *writ of certiorari* não são justificadas, e raramente há a publicação dos votos.

Conforme observa-se, esse poder da Corte de apreciar ou não os recursos atinge o grau máximo de discricionariedade. Hazard e Taruffo (1993, p. 182-187) afirmam que a

⁵⁶ As *Rules of the Supreme Court of the United States*, na parte III, dispõe sobre a discricionariedade, nos seguintes termos: "Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion". Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 11/02/2015.

⁵⁷ Assim dispõe a redação original do *Rules*: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

discrição da Suprema Corte geralmente é exercida com base na importância geral das questões de direito envolvidas no recurso e no interesse público em um caso específico, e assim apenas uma pequena fração dos recursos interpostos contra as decisões de Tribunais intermediários são aceitos pela Suprema Corte, permitindo um número relativamente pequeno de julgamentos.

A admissão de um recurso não assegura que a Suprema Corte vá fazer uma extensa revisão da matéria de direito federal, podendo ela, ainda, dentro de sua discricionariedade, limitar as questões que quer apreciar (CHEMERINSKY, 2007, p. 674).

Ainda, é importante destacar a importância da Suprema Corte dos Estados Unidos como último intérprete da Constituição. Não é possível estudar esse assunto, sem que, mesmo de forma sucinta, analise-se o precedente *Madison v. Marbury*, um dos precedentes judiciais mais importantes da história do direito norte-americano.

Em 1800, Thomas Jefferson venceu o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, nas eleições presidenciais. Entretanto, em fevereiro de 1801, faltando menos de uma semana para o fim do mandato de Adams, o Congresso americano criou a Lei Orgânica do Distrito de Columbia, que autorizava o Presidente a nomear 42 juizes de paz. No dia 2 de março daquele mesmo ano, Adams anuncia a nomeação dos juizes, o que é confirmado no dia seguinte pelo Congresso, sendo que imediatamente o Secretário de Estado, John Marshall, que também era *Chief of Justice*, assina as nomeações.

No dia 4 de março de 1801, Thomas Jefferson toma posse como terceiro presidente da história dos Estados Unidos. Contudo, algumas nomeações não haviam sido entregues por falta de tempo, incluindo a de William Marbury, e Thomas Jefferson instruiu seu Secretário de Estado, James Madison, a reter as nomeações que não haviam sido entregues.

Desse modo, em dezembro de 1801, Marbury, em litisconsórcio com outras pessoas na mesma situação, vai até a Suprema Corte dos Estados Unidos com um *writ of mandamus*, pedindo que ela ordenasse a Madison que entregasse a nomeação. O pedido foi fundado no *Judiciary Act* de 1789, que outorgava competência originária à Suprema Corte para conhecer a causa.

O que é importante nesse precedente é que, John Marshall, *Chief Justice* na época, declarou a inconstitucionalidade do *Judiciary Act*⁵⁸, consagrando a teoria da supremacia da

⁵⁸ John Marshall encontrava-se numa situação delicada, pois ele havia sido o Secretário de Estado responsável pelas nomeações que não foram feitas por Jefferson e impugnadas por Marbury, e agora tinha que julgar a validade da omissão do Executivo. Ainda, Marshall corria o risco de sofrer *impeachment*, pois havia uma

Constituição. A *ratio decidendi* de *Marbury v Madison* estabeleceu uma teoria válida até hoje e de aceitação universal, representando um marco histórico do controle de constitucionalidade.

Sobre este importante precedente, Nogueira (2013, p. 167) afirma que:

Esse precedente simboliza bem a cultura norte-americana de respeitar os julgados do passado, posto que depois de mais de 200 anos ele continua válido, respeitado e estudado. A supremacia constitucional norte-americana não decorre portanto, expressamente, do texto da própria Constituição, mas sim da decisão proferida no mundialmente famoso precedente *Marbury v. Madison*, de 1803.

Sobre este aspecto pode-se observar a importância do precedente judicial no direito norte-americano. A supremacia da Constituição, que seria o fundamento do controle de constitucionalidade, decorre de um precedente judicial e não do texto constitucional. Este precedente, portanto, consagrou a Suprema Corte como última intérprete da Constituição norte-americana.

Outro aspecto importante do sistema norte-americano é a doutrina do *stare decisis* neste sistema. *Stare decisis et non quieta movere*, é a expressão em latim que revela a importância do respeito aos precedentes, significa "mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto". É a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado.

A teoria do *stare decisis* preconiza o respeito ao precedente, vinculando o Judiciário para casos futuros, porém sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*) (NOGUEIRA, 2013, p. 178).

Qual seria a origem e o fundamento legal da doutrina do *stare decisis* no direito norte-americano? Essa questão é controversa, entretanto, os debates acerca do assunto se iniciaram no julgamento do caso *Anastoff v. United States*, no qual o juiz federal da *Court of Appeal* do 8º *Circuit* (Tribunal Federal com competência recursal sobre os Distritos de Arkansas, Iowa, Minnesota, Missouri, Nebraska, e Dakota do Norte e do Sul), Richard Arnold, declarou que o *stare decisis* estava previsto no art. III da Constituição norte-americana, que trata do Poder Judiciário (NOGUEIRA, 2013, p. 178).

acirrada disputa política em jogo. Desse modo, ao mesmo tempo em que reconhece que a nomeação era um direito de Marbury, ele não concede esse direito a ele, por entender que a Suprema Corte, com a revogação do *Judiciary Act*, seria incompetente para apreciar o pleito (NOGUEIRA, 2013, p. 164-165).

No mencionado caso, a parte Faye Anastoff alegava que as decisões anteriores que não tivessem sido publicadas não serviriam como precedentes e as partes sequer deveriam citar essas decisões, conforme dispunha o art. 28-A das Regras da Corte do 8º Circuito⁵⁹. O *judge* (juiz) entendeu que o art. 28-A das Regras da Corte seria contrário ao art. III da Constituição.

Citando o precedente *Marbury v. Madison*, o *Circuit Judge* Richard Arnold afirmou que seria inerente a cada decisão judicial a declaração e interpretação de uma regra ou princípio geral de direito, e que essa declaração de direito deve ser aplicada em casos posteriores. Em suas palavras:

Esses princípios, que formam a teoria do precedente, foram bem estabelecidos e bem considerados no momento em que esta nação foi fundada. Os autores da Constituição consideraram estes princípios que derivam da natureza do poder judicial, e pretenderam que eles iriam limitar o poder judicial delegado aos Tribunais pelo Art. II da Constituição⁶⁰.

Nogueira (2013, p. 179), explicando as conclusões do *Circuit Judge* Richard Arnold, afirma que para o mencionado julgador a teoria do precedente começou a ser estabelecida, nos Estados Unidos, quando os autores da Constituição se reuniram na Filadélfia, quando se pensava essa teoria como um costume herdado do direito inglês, muito bem visto por eles a partir do século XVII, principalmente por causa dos escritos e *reports* de *Sir* Edward Coke, pois a autoridade do precedente tinha sido eficaz nas lutas passadas do povo inglês contra as usurpações da realeza e o poder arbitrário do governo, razão pela qual Richard Arnold conclui que a teoria do precedente não foi simplesmente bem estabelecida pelos fundadores da nação, mas também era um método histórico de tomada de decisões judiciais e um baluarte da independência do poder judicial em lutas passadas pela liberdade. Essa decisão da *Court of Appeal* do 8º Circuito provocou o debate acerca da origem do *stare decisis* nos Estados Unidos, bem como qual seria seu fundamento constitucional.

⁵⁹ No direito-norte americano as regras de procedimento expedidas pelos Tribunais possuem força de lei (NOGUEIRA, 2013, p. 178).

⁶⁰ No original: "These principles, which form the doctrine of precedent, were well established and well regarded at the time this nation was founded. The Framers of the Constitution considered these principles to derive from the nature of judicial power, and intended that they would limit the judicial power delegated to the courts by Article III of the Constitution". Disponível em: <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/00/08/993917P.pdf>. Acesso em: 19/02/2015.

Sobre o assunto, Healy (2001, p. 45), fomentando o debate em questão, afirma que se o *stare decisis* é uma exigência constitucional, não é por causa da intenção original dos fundadores, nem pela estrutura da Constituição, mas sim porque os Tribunais apostaram a sua legitimidade na adesão aos precedentes. *Stare decisis* não seria um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídico, que são: segurança jurídica (ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas de seus atos), igualdade (quando os Tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa), eficiência (ao basear suas decisões em precedentes, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início) e restrição judicial (quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles possuem menor margem de discricção).

Embora o entendimento do *Circuit Judge* Richard Arnold de que o fundamento do *stare decisis* estaria previsto no art. III da Constituição e o entendimento de Healy no sentido de que o *stare decisis* decorreria da própria legitimidade dos Tribunais, não existe entendimento pacífico sobre qual seria o fundamento do *stare decisis* na doutrina norte-americana.

Por outro lado, o *stare decisis* pode ser dividido, para fins didáticos, em vertical e horizontal. O *stare decisis* vertical diz respeito aos planos hierarquicamente distintos dos órgãos Judiciários, de modo que os precedentes são vinculantes "de cima para baixo", no sentido de que quanto maior for o grau da Corte, mais força terão seus precedentes. Nas palavras de Nogueira (2013, p. 182):

Vertical é o *stare decisis* quando se colocam os órgãos do Judiciário em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para as inferiores, mas os precedentes das Cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte. A questão é simplesmente de hierarquia, sendo de se presumir que quanto maior a Corte, mais autoridade têm os seus julgamentos.

No plano horizontal, o que se discute é a força vinculante dos precedentes de uma Corte para ela própria, baseado na presunção de que a Corte deve ser consistente com ela própria ao longo do tempo, a fim de permitir que os cidadãos possam prever que a Corte não vai alterar seus precedentes dia após dia (TARUFFO, 2007, p. 180).

Ainda, existem diversos fatores que influenciam na força de um precedente judicial, dentre eles o grau de hierarquia do órgão julgador, a reputação dos juízes que participaram da

votação, o placar da votação, a idade do precedente, bem como a eficácia do precedente em casos futuros.

Gerhardt (2008, p. 178) menciona que no direito norte-americano existem precedentes que estão tão enraizados no direito e na cultura que praticamente tornaram-se imunes a serem superados. É o que o mencionado autor chama de *super precedent* (super precedente). Em suas palavras:

São decisões que têm sido tão repetida e amplamente citadas por tanto tempo que seu valor e seu significado têm aumentado ao ponto de ser assegurado por redes duradouras. Eles estão profunda e irrevogavelmente incorporados na cultura americana e consciência nacional, tanto que parece anti-americano atacá-los, mais ainda formalmente reconsiderá-los.

O autor cita como exemplo de *super precedent* o caso *Marbury v. Madison*, considerando sua longevidade e sua plena aceitação no sistema jurídico norte-americano.

Outra questão interessante a ser enfrentada é a possibilidade de se afastar a autoridade de um precedente, com base nas técnicas já mencionadas anteriormente⁶¹, quais sejam, *overruling* e *distinguishing*, de forma específica no direito norte-americano.

O *overruling*, técnica de superação do precedente judicial, que consiste em uma ferramenta essencial à utilização dos precedentes, permitindo que o sistema se adapte às modificações sociais, é uma interpretação extrema no sistema de precedentes. No direito norte-americano não é diferente.

Apesar de não existir no direito norte-americano a mesma rigidez presente no sistema inglês, não significa dizer que os precedentes da Suprema Corte são facilmente superados (NOGUEIRA, 2013, p. 193).

Sidney Ulmer, citado por Brenner e Spaeth (2003, p. 10-13), elaborou um estudo analisando decisões da Suprema Corte norte-americana no período de 1880 a 1957. Seu estudo chegou as seguintes conclusões.

Raramente a Suprema Corte supera seus precedentes, sendo que ela proferiu mais de 55.000 (cinquenta e cinco mil) decisões em recursos, esses julgamentos produziram apenas 81 casos de *overruling*, e 65 casos de reforma da decisão recorrida. Dos 81 casos de *overruling*, apenas um deles foi decidido por um placar de 4 a 3, sendo que os demais 80 casos foram decididos por um mínimo de 5 votos favoráveis à superação do precedente.

⁶¹ Capítulo I, tópico 1.6 (Técnicas de utilização dos precedentes)

A idade dos precedentes superados também foi levada em consideração⁶², 29% dos precedentes superados tinham 10 anos ou menos de existência; 35% tinham de 11 a 20 anos; 14% tinham de 21 a 30 anos; 12% de 31 a 40 anos e o remanescente, aproximadamente 12% dos precedentes superados tinham mais de 41 anos de idade. A maior parte do *overruling* praticado no referido período dizia respeito à matéria de direito comercial e tributário.

Antes de fazer o *overruling*, em 62% dos casos a Corte não usou a técnica do *distinguishing*, revelando que aquela técnica é mais usual do que esta. Ainda, 89% dos casos que deram origem ao *overruling* produziram decisões maiores, em tamanho, do que aquelas que foram superadas, ou seja, a decisão que supera a *ratio decidendi* do precedente é normalmente maior do que a superada.

Ademais, 79% dos julgamentos que superaram precedentes se deram dentro dos 5 anos posteriores à posse de um novo juiz na Suprema Corte, ou seja, a postura de um novo juiz influencia fortemente o processo decisório da Corte.

Através dos dados coletados acima transcritos, pode-se observar que a Suprema Corte valoriza seus próprios precedentes, isto porque os precedentes trazem benefícios ao sistema, como clareza, estabilidade e previsibilidade do direito.

Nogueira (2013, p. 199-201), nos explica que o *overruling* no direito norte-americano pode ocorrer principalmente em razão de três fatores: mudança na composição do Tribunal que elaborou o precedente; mudança na lei que integra a *ratio decidendi* do precedente, e; mudança nos valores da sociedade.

Por outro lado, o *distinguishing* permite a não aplicação do precedente, quando se verifica que a *ratio decidendi* do caso paradigma não é compatível com o caso atual, isto porque existem peculiaridades no caso atual que o diferem do caso paradigma. Nenhum caso é igual ao outro, entretanto, existe alguma diferença entre eles que torna o precedente inaplicável.

Ainda, nos Estados Unidos da América, tem-se falado no *antecipatory overruling*. Essa modalidade de *overruling* vem ocorrendo quando a Corte de Apelação presume que determinado precedente da Suprema Corte está em vias de ser revogado, e em razão disso, afasta a aplicação do precedente.

Entende-se por *antecipatory overruling* a atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte, trata-

⁶² De acordo com Gehardt (2008, p. 11), a média de vida de um precedente é de 29,2 anos.

se de fenômeno identificado como "antecipação à provável revogação do precedente por parte da Suprema Corte" (MARINONI, 2013, p. 401).

De acordo com Marinoni (2013, p. 401), a doutrina americana fala em revogação antecipada, mas, o correto seria aludir a não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte.

Sobre o assunto, Kniffin (1982, p. 53 *apud* MARINONI, 2013, p. 400) explica que:

Os precedentes da Suprema Corte, como geralmente se presume, deveriam ser sempre seguidos pelas Cortes inferiores. Ocasionalmente, entretanto, uma Corte de Apelação dos Estados Unidos faz um prognóstico de que a Suprema Corte deixará de seguir um de seus próprios precedentes e antecipa a ação da Suprema Corte, revogando o precedente⁶³.

Sobre os fundamentos do *anticipatory overruling*, Marinoni (2013, p. 402) afirma que as Cortes de Apelação utilizam como fundamentos para a antecipação: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes seriam associados aos seguintes: i) alteração na composição da Suprema Corte ou na mudança do ponto de vista pessoal dos juízes (*Justices*); ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava.

Como pode-se observar, surge grande questão a ser refletida, o *anticipatory overruling* seria compatível com o *stare decisis*, no qual os tribunais inferiores são obrigados a seguir os precedentes dos tribunais superiores?

Embora a questão seja controvertida em razão de sua própria complexidade, tem se admitido na doutrina norte-americana que o *anticipatory overruling* é compatível com a doutrina do *stare decisis*, ou, ainda, que esta atenuação na autoridade de imposição dos precedentes é saudável à própria lógica do sistema de precedentes obrigatórios (KELMAN, 1967, p. 17).

De acordo com a explicação de Marinoni (2013, p. 408), pode-se notar a compatibilidade do *anticipatory overruling* e a doutrina do *stare decisis*:

⁶³ No original: "Supreme Court precedents, it is usually assumed, should always be followed by lower federal courts. On occasion, however, a United States court of appeals predicts that the Supreme Court will no longer follow one of its own precedents and anticipates the action of the Supreme Court by overturning' the precedent."

É preciso deixar claro que o *anticipatory overruling* não se presta a permitir à Corte de Apelação criticar os precedentes da Suprema Corte. Nem muito menos se destina a forçar ou compelir a Suprema Corte a voltar a decidir sobre a questão posta no precedente.

Por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte. Em outros termos, a Corte de Apelação deve não só seguir os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte.

Por outro lado, não pode-se confundir *anticipatory overruling* como uma modalidade revogação do precedente. Quem deve definir o momento propício à revogação de um precedente é a Suprema Corte. A Corte de Apelação não revoga antecipadamente o precedente, apenas deixa de aplicá-lo em virtude de ter fortes fundamentos de que a Suprema Corte, caso tivesse o caso em mãos para o julgamento, revogaria o precedente⁶⁴.

1.7.3 Itália

O direito italiano, junto com o português, são considerados as principais fontes do direito processual civil brasileiro. Entretanto, como já era de se esperar, na Itália não existe a tradição de precedentes judiciais vinculantes, isto porque o sistema jurídico italiano é um sistema da família *civil law*, sendo, inclusive, o berço do direito romano.

Por outro lado, Taruffo (2007, p. 178) explica que, na Itália, os precedentes não possuem efeito vinculante, ressalvadas as decisões da mais Alta Corte, a *Corte di Cassazione*, mas que outras decisões de outros tribunais podem ter alguma influência para casos futuros.

O sistema de precedentes italiano se aproxima muito do brasileiro, pois não é baseado na íntegra da decisão anterior, mas sim em um pequeno e abstrato resumo que representa o "*core*" (núcleo) da interpretação da regra legal. Na Itália o que é chamado de *massima* representa algo parecido com as súmulas brasileiras, que seriam um breve enunciado com a interpretação da lei, sem nenhuma menção aos fatos que levaram o Tribunal àquela decisão. Tanto lá quanto cá, a utilização desses breves enunciados pode ser mal feita, de modo a ser aplicada como precedente em casos futuros que não guardam semelhança com os casos anteriores (NOGUEIRA, 2013, p. 144 *apud* TARUFFO, 2007, p. 182).

⁶⁴ "Quando o caso chega às mãos da Corte de Apelação, num momento em que tudo indica que o precedente brevemente será revogado, a Corte deve deixar de aplicar o precedente para não discordar da própria Suprema Corte, e, assim, não realizar injustiça" (MARINONI, 2013, p. 408).

Ainda, outro aspecto que assemelha o sistema de precedentes italiano do brasileiro é a enorme quantidade de julgamentos realizados, ano a ano, pela *Corte di Cassazione*, que muitas vezes se vê obrigada a decidir os mesmos casos diversas vezes.

Taruffo (2007, p. 182-185) diz que quando o número de casos julgados é alto, a força específica de um precedente fica enfraquecida, pois quando há uma corrente de precedentes convergentes e consistentes, um simples elo da corrente não tem muito valor. Mesmo o primeiro elo da corrente, o *leading case*, perde sua força pois o que passa a contar é a corrente como um todo. No Brasil ocorre algo parecido, sendo comum encontrarmos julgados que citam inúmeros precedentes anteriores⁶⁵.

Nogueira (2013, p. 144-145) explica que os equívocos do sistema italiano de precedentes acabam provocando uma distorção do próprio sistema, tendo em vista que os precedentes são objeto de uso inadequado e excessivo:

O uso excessivo decorre da enorme quantidade de precedentes produzidos pelos Tribunais, enquanto que o uso inadequado consiste na utilização em um julgamento de um precedente que normalmente é o mais recente, quando este mais recente sequer é o mais importante.

Não existe um estudo aprofundado sobre precedentes no direito italiano do modo como são abordados em sistemas jurídicos influenciados pela *common law*.

O que se verifica é que a preocupação com a coerência do sistema e a fixação de um grau mínimo de previsibilidade das decisões é muito maior nos países influenciados pela *common law*, por isso nestes países o uso adequado de precedentes é considerado tão importante.

1.7.4 Portugal

O estudo sobre como funcionam os precedentes em Portugal merece destaque nesse trabalho, porque o Brasil, enquanto colônia desse país, foi muito influenciado por seu sistema jurídico, inclusive, o nosso sistema jurídico adotou a *civil law* em razão da grande influência dos colonizadores portugueses.

⁶⁵ É importante destacar que quando se está mencionando a expressão "precedentes" no direito brasileiro e italiano, refere-se a eles como aquilo que precede, que vem antes - decisões anteriores -, e não como precedentes da *common law*.

Sobre a influência do direito português em nosso sistema, Nogueira (2013, p. 145) explica que Portugal foi:

Outro país extremamente importante para o desenvolvimento do direito brasileiro e da cultura jurídica aqui praticada, por razões históricas. A mesma razão que levou os Estados Unidos da América a se aproximar do direito inglês e da família *common law*, levou o Brasil a se aproximar do direito português e da família a qual pertence, a *civil law*: a colonização.

Desse modo, será estudada a aplicação de precedentes no direito português, com a consequente comparação entre institutos portugueses e brasileiros, tendo em vista as semelhanças entre os dois sistemas jurídicos.

Em Portugal houve a tentativa de se estabelecer a vinculação aos precedentes por meio da instituição de assentos, que são proposições emanadas do Supremo Tribunal de Justiça para resolver conflitos de jurisprudência, o que os aproxima muito das súmulas vinculantes brasileiras. Pode-se afirmar, inclusive, que os assentos são os grandes inspiradores das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, antes da análise dos assentos portugueses é importante entender como funciona a vinculação aos precedentes e traçar um paralelo comparativo com o direito brasileiro.

Nogueira (2013, p.146) destaca que a primeira semelhança entre os dois sistemas jurídicos se encontra no controle de constitucionalidade. Em Portugal, apesar de o Supremo Tribunal de Justiça ser o mais alto órgão da organização judiciária, existe ainda o Tribunal Constitucional, a quem compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico constitucional (art. 221 da Constituição portuguesa), fiscalizando a constitucionalidade das leis, concreta e abstratamente.

O Tribunal Constitucional português possui funções semelhantes às do Supremo Tribunal Federal no Brasil, com apenas algumas diferenças procedimentais. A "força obrigatória geral" da declaração do Tribunal Constitucional português se assemelha ao nosso efeito *erga omnes* e eficácia vinculante e, se por três vezes a lei ou o ato for declarado inconstitucional ou ilegal, esse entendimento assume essa força obrigatória geral (Art. 281, item 3, da Constituição portuguesa).

Por outro lado, os referidos assentos são emanados do Supremo Tribunal de Justiça, que é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais (art. 210 da Constituição portuguesa) e quem julga recursos que versam exclusivamente sobre matéria de direito, competindo ainda a uniformização da jurisprudência, razão pela qual é sempre admissível

recurso das decisões proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com o item 6 do art. 678 do Código de Processo Civil português.

Nogueira (2013, p. 147) destaca ainda a segunda semelhança, que estaria relacionada aos poderes especiais do relator, como o de julgar monocraticamente o recurso de apelação quando entender que "a questão a decidir é simples, por já ter sido jurisdicionalmente apreciada, de modo uniforme e reiterado, ou que o recurso é manifestamente infundado", neste caso, o relator "profere decisão sumária, que pode consistir em simples remissão para as precedentes decisões, de que se juntará cópia" (art. 705 do Código de Processo Civil português).

Contudo, dentre essas semelhanças, a mais importante está relacionada à uniformização de jurisprudência. Assim como no Brasil, passou a existir em Portugal uma preocupação muito grande com a uniformização da jurisprudência⁶⁶.

O Decreto português nº 329-A/95⁶⁷ tratou da uniformização da jurisprudência, no qual previu-se a necessidade de criar mecanismos processuais adequados à fixação de jurisprudência na área do processo civil, tendo em vista as dúvidas sobre a natureza legislativa e a constitucionalidade dos assentos.

Desse modo, optou-se pela supressão do instituto dos assentos através da revogação do dispositivo legal que os sustentava, o art. 2º do Código Civil português⁶⁸. Entretanto, mesmo com a revogação do aludido dispositivo legal, os assentos não foram completamente ignorados, conforme explica Ferreira (2009, p. 304), quando diz que "os acórdãos proferidos nas revistas ampliadas terminam, como a prática vem assinalando, com a formulação de uma regra interpretativa, à semelhança dos anteriores assentos", mas sem o efeito vinculante, posto que "a jurisprudência uniformizada estabelece um precedente judicial, de natureza meramente persuasória".

Se poderia afirmar, portanto, que os assentos deixaram de ser semelhantes às nossas súmulas vinculantes e se tornaram apenas súmulas persuasivas.

A discussão sobre a utilização dos assentos foi travada no julgamento do Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional de Portugal. Conforme explica Nogueira (2013, p. 150), "o

⁶⁶ Talvez a preocupação dos dois países seja diminuir a carga de trabalho do Judiciário.

⁶⁷ Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-329a-1995/downloadFile/file/DL_329A_1995.pdf?nocache=1182950555.26. Acesso em 10/02/2015.

⁶⁸ A redação do aludido artigo: "Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral".

objetivo de uniformizar a jurisprudência foi visto com bons olhos, mas o meio disponibilizado para alcançar esse fim, o assento, é que foi considerado ilegítimo do ponto de vista do direito constitucional português".

Desse modo, entendeu-se que a natural autoridade e força persuasiva da decisão do Supremo Tribunal de Justiça seria perfeitamente suficiente para assegurar, em termos satisfatórios, a desejável unidade de jurisprudência.

1.7.5 Tribunais Internacionais

Serão estudados alguns aspectos sobre a vinculação aos precedentes judiciais nos Tribunais Internacionais, mais precisamente a Corte Européia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e a Corte Internacional de Justiça.

1.7.5.1 Corte Européia de Direitos Humanos

A Corte Européia de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights - ECHR*), situa-se em Estrasburgo, na França. De acordo com as regras da Corte, qualquer Estado contratante (queixa estatal) ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção (queixa individual) pode dirigir diretamente ao Tribunal uma queixa alegando violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950.

Embora a Corte não se sentir vinculada aos seus próprios precedentes, estes não são desconsiderados ou tratados como se não existissem (MITCHELL; DADHANIA, 2003, p. 50).

Conforme a explicação de Nogueira (2013, p. 139), isto ocorre "talvez pelo fato de sua composição contemplar mais juízes oriundos de países com tradição da *civil law* em relação à *common law*, já que, dos 46 juízes, existe apenas um representante do Reino Unido". E continua sua explicação:

Nos seus julgados a Corte costuma citar seus próprios precedentes. Obviamente a menção aos precedentes não se faz como um julgamento de *common law*, mas a menção aos casos anteriores revela que os precedentes não são desconsiderados ou tratados como se não existissem.

Nogueira (2013, p. 139) apresenta ainda que um caso julgado com frequência pela Corte diz respeito à violação ao art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção Européia de Direitos Humanos, que trata do postulado da razoável duração do processo. O aludido autor trás inúmeros casos sobre esse assunto em que se demonstra a importância do precedente para Corte Européia de Direitos Humanos - CEDH.

O primeiro diz respeito ao caso *Tomková v. Eslováquia* (*Application* nº 51646/99), julgado em 13 de outubro de 2004, no qual o Estado da Eslováquia foi condenado a indenizar o autor da queixa em 2.500 (dois mil e quinhentos) euros por violação ao seu direito fundamental de julgamento em tempo razoável, sendo que a Eslováquia demorou 5 anos, 7 meses e 23 dias para entregar ao cidadão a tutela jurisdicional pretendida. Neste julgamento, a CEDH cita um precedente da própria Corte, o caso *Frydlender v. França*, julgado em 2000, no qual o Estado francês foi condenado porque demorou 9 anos e 8 meses para julgar uma ação proposta por seu cidadão (nº 30979/96).

Outro caso interessante, em que foi citado o precedente *Frydlender v. França* foi o julgamento da *Application* nº 53363/99, *Venek v. Eslováquia*, porque neste caso a Corte fixa os critérios para concluir se houve ou não violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. Esses critérios são: a) a complexidade da causa; b) a conduta do autor da ação; c) a conduta do Tribunal situado no Estado reclamado; e d) a importância do caso.

Desse modo, embora os precedentes da CEDH não vinculem a própria Corte, podemos verificar que eles permitem um certo grau de previsibilidade dos futuros julgamentos, pois evidenciam o entendimento da Corte sobre determinadas questões, como no exemplo que acabamos de citar, no qual a Corte fixou os critérios para se verificar a violação do direito fundamental à razoável duração do processo. Por óbvio, que esses critérios serão utilizados também em casos posteriores, embora não tenham autoridade vinculante.

1.7.5.2 Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia - TJCE (*European Court of Justice - ECJ*), situa-se na cidade de Luxemburgo, em Luxemburgo, é a Corte mais elevada da União Européia. Sua missão essencial consiste em apreciar a legalidade dos atos comunitários e assegurar a interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário.

Cross e Harris (2004, p. 16) explicam que a jurisprudência do TJCE tornou-se uma parte importante do direito comunitário europeu e, conseqüentemente, de crescente

importância para os advogados dos Estados membros, e que geralmente o Tribunal adere aos seus precedentes. Explica ainda que é comum que suas decisões contenham trechos de decisões anteriores, mas não se faz uma discussão analítica do caso anterior, muito menos a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, tão comum ao direito inglês.

1.7.5.3 Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça - CIJ (*International Court of Justice* - ICJ), é um Tribunal da Organização das Nações Unidas - ONU, localizado em Haia, na Holanda.

De acordo com Nogueira (2013, p. 143), o papel da CIJ é resolver disputas legais entre os Estados e dar pareceres consultivos sobre questões jurídicas que lhe sejam apresentadas por órgãos autorizados da ONU e agências especializadas.

Sobre o tratamento de precedentes, este tribunal possui um Estatuto (*Statute of the International Court of Justice*), o qual prevê em seu art. 59 que "as decisões da Corte não tem efeito vinculante, exceto entre as partes e em relação ao caso específico".

Entretanto, Shahabuddeen (2007, p. 15), juiz da CIJ entre 1988 e 1997, afirma que as decisões da Corte são tão repletas de referências a precedentes quanto as decisões dos Tribunais de *common law*. Embora os precedentes não sejam vinculantes, a Corte dá a eles certa importância, e que a tendência é uma aproximação com a autoridade vinculante dos precedentes judiciais.

O que se quis demonstrar neste momento foi a importância dos precedentes judiciais nas Cortes Internacionais, que embora não possuam autoridade vinculante, possuem papel fundamental no sentido de evidenciar o entendimento da Corte sobre determinados casos. O que se abstrai é que, embora os precedentes não vinculem os próprios Tribunais (internacionais), eles exercem grande influência nas decisões posteriores.

CAPÍTULO II - A VIABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO

Neste capítulo, pretende-se pesquisar a possibilidade de utilização de precedentes judiciais no sistema brasileiro. Para isso será necessário compreender o atual cenário jurisdicional brasileiro, para em seguida verificar como uma política de precedentes se adaptaria ao nosso sistema.

Antes de tudo, é necessário esclarecer que, conforme consta da redação do Novo Código de Processo Civil, haverá a imposição de vinculação aos precedentes judiciais no sistema brasileiro. Portanto, os operadores do Direito, acostumados com a *civil law*, na qual não existe na prática jurídica a utilização de precedentes judiciais, terão que se adaptar à essa nova realidade.

O que se verifica é que vem ocorrendo uma aproximação entre as duas tradições jurídicas da *common law* e *civil law*. No Brasil não seria diferente.

2.1 Aproximação entre as tradições da *common law* e *civil law*

A principal diferença entre as tradições da *common law* e *civil law* está em suas fontes de Direito. Na *civil law*, a principal fonte de Direito é a legislação escrita⁶⁹, enquanto a doutrina e a jurisprudência funcionam com papel supletivo. Na *common law*, a principal fonte de Direito são os precedentes judiciais, e a coerência e estabilidade do sistema decorre do *stare decisis* - força vinculante dos precedentes -, de modo que a legislação escrita também é fonte de Direito, mas possui um papel secundário.

Entretanto, conforme estudado em tópico anterior⁷⁰, na Inglaterra (País onde surgiu a tradição da *common law*), o *statute law* (legislações escritas) teve crescente destaque nas últimas décadas, principalmente em razão da criação da União Européia. E em alguns

⁶⁹ Nas palavras de Leite e Feitosa (2013, p. 7): "Os países que compõem a família do sistema Romano-Germânico são também conhecidos como "países do direito escrito". Essa denominação refere-se, particularmente, à lei escrita que é, em todos esses países, a fonte primária de direito, instrumento básico para expressá-lo, primeiro objeto a ser pesquisado na busca do seu conhecimento. expressá-lo, primeiro objeto a ser pesquisado na busca do seu conhecimento."

⁷⁰ Tópico 2.1. No qual se estudou a vinculação aos precedentes no sistema inglês.

sistemas influenciados pela *civil law* verifica-se a importância crescente dada às decisões judiciais.

A cultura da *common law* está relacionada ao estudo dos casos. O direito é criado a partir da interpretação dos fatos presentes nos casos levados ao Judiciário, de modo que a parte da fundamentação essencial para aquela conclusão - *ratio decidendi* - vinculará os órgãos jurisdicionais no julgamento de casos semelhantes futuros.

Portanto, se outro indivíduo levar um caso semelhante à Corte que editou o precedente judicial, esta não poderá julgar de modo diferente.

Nogueira (2013, p. 33) atribui essa aproximação entre as duas tradições jurídicas à globalização. Sobre o tema, Funken (2003, p. 2) afirma que "o aumento da internacionalização comercial e cultural tiveram e continuam tendo suas consequências no direito de todos os sistemas jurídicos. Em particular as duas maiores tradições legais do Ocidente, a *common law* e a *civil law*, têm estado mais próximas nas últimas décadas"⁷¹.

David (1996, p. 26) também comunga da mesma opinião e observa que:

A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se, sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países da *common law* como o é nos países da família romano-germânica.

Entretanto, atribuir essa aproximação à globalização não é uma questão pacificada. Monateri (2008, p. 14) afirma que desde a antiguidade os sistemas legais cresceram através de "contaminações", isto porque a prática de tomar emprestado institutos de outros países sempre foi normal ao desenvolvimento do direito. Citando seu país natal, a Itália, ele menciona que o sistema de empréstimo resultou em uma mistura única de padrões germânicos e franceses que seria impensável para os países doadores. Essa contaminação de culturas legais seria a característica chave de transplantes e empréstimos de padrões legais. Explica ainda que a importação e exportação de regras e instituições é um processo quase inconsciente de integrá-los na ideologia do sistema de empréstimos. Em suas palavras:

A prática de empréstimos sempre foi uma prática normal, e ela nunca foi, e nunca será, uma atividade exclusiva de advogados comparatistas. É uma

⁷¹ No original: "Increasing commercial and cultural internationalisation and amalgamation have had and will continue to have their consequences in the law of all legal systems. In particular the two great Western legal traditions, the Common Law and the Civil Law system, have become closer to each other during the last decades".

prática intencional a ser realizada por advogados do governo e a ser estudada especialmente do ponto de vista das fraquezas do sistema que fez o empréstimo⁷².

Trazendo o estudo de Monateri para o cenário brasileiro, podemos considerar uma fraqueza do nosso sistema a falta de um grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais, e a consequente insegurança e desigualdade entre os jurisdicionados.

A autonomia dos juízes é tamanha que estes, com base em uma leitura exacerbada do livre convencimento, podem desrespeitar qualquer entendimento consolidado de seus órgãos jurisdicionais superiores, inclusive mudar suas próprias opiniões em intervalos curtíssimos de tempo, com a exceção das súmulas vinculantes.

Além disso, não raras vezes observamos entendimentos incompatíveis dentro de um mesmo Tribunal, de modo que uma Turma/Câmara possui um entendimento, e a outra Turma/Câmara, que aprecia a mesma matéria, possui outro entendimento totalmente divergente.

Aparentemente, frente a essa fraqueza, que gera uma incoerência gigantesca no sistema, pretendeu-se "importar" a cultura dos precedentes judiciais ao sistema brasileiro, como possível solução, com a edição do Novo Código de Processo Civil⁷³.

Diante de todas essas situações, se torna difícil não concluir pela aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*. Essa aproximação decorre da busca pelo desenvolvimento de cada sistema jurídico, na *common law*, verificou-se a necessidade de se dar importância também às legislações escritas, e na *civil law*, verificou-se que somente a lei não seria capaz de oferecer igualdade e segurança jurídica aos cidadãos, necessitando também conferir determinado grau de autoridade às decisões judiciais.

⁷² No original: "The practice of borrowings has always been a normal practice, and it has never been, nor will it ever be, an activity peculiar to comparative lawyers. It is a purposive practice to be carried out by government lawyers and to be studied especially from the point of view of weak borrowing systems, responding to inner strategies of governance and legitimation of legal elites involved in the conventional process of covering cases with authorities and producing meaning".

⁷³ Além dos precedentes, o NCPC irá trazer também outras ferramentas que visam aprimorar a uniformização da jurisprudência, como por exemplo o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. Este instituto foi trazido do direito alemão. (BRASIL, 2010, p. 21).

2.2 Aproximação entre o processo civil brasileiro e o *stare decisis*

No direito brasileiro tem havido uma grande preocupação processual em trazer a doutrina do *stare decisis* presente no sistema da *common law* para o nosso ordenamento, não só tendo em vista a preocupação com a segurança jurídica e uniformização das decisões judiciais, mas também buscando a celeridade da prestação jurisdicional⁷⁴.

Apesar de a exposição de motivos do Anteprojeto do NCPC deixar claro essa intenção, algumas mudanças anteriores no processo civil brasileiro já retratam essa aproximação, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

A aludida emenda alterou o art. 102, §2º, da Constituição Federal, ampliando o efeito *erga omnes* e vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o que se assemelha ao *stare decisis* vertical. Todas as decisões dessa natureza vinculam os órgãos jurisdicionais inferiores e também a administração pública direta e indireta.

Ainda, a Emenda Constitucional nº 45 alterou também o §3º do art. 102 da Constituição Federal, estabelecendo a exigência de repercussão geral das questões constitucionais para a admissão de recurso extraordinário, o que verifica-se é a objetivação do controle de constitucionalidade, aproximando o nosso sistema ao sistema norte-americano.

Nesse sentido, Barboza (2014, p. 201) explica que a exigência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso demonstra clara intenção de objetivação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e aproximação ao sistema americano, que exige que haja repercussão geral, até porque os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte serão *erga omnes* e vinculante. Explica ainda que essa exigência demonstra também a busca de objetividade no controle difuso, porque ao demonstrar a repercussão política, econômica e social, o que se verifica é que a proteção do STF acaba sendo em relação à

⁷⁴ De acordo com a Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010, p. 5-6): "Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? [...] São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva".

proteção do ordenamento jurídico para proteger a sociedade e não apenas o direito subjetivo discutido num caso concreto.

Outro ponto a ser estudado se refere ao art. 103-A da Constituição Federal, que também foi inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45. A redação do aludido artigo permite ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeito vinculante, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Entretanto, na súmula vinculante não é possível identificar os fatos do caso, nem sequer a *ratio decidendi*, o que pode gerar uma interpretação equivocada quando levamos em consideração a teoria dos precedentes judiciais⁷⁵.

As súmulas vinculantes consistem em mera síntese de um entendimento jurisprudencial, embora possam ter efeito vinculante, estão muito longe de serem comparadas aos precedentes da *common law*. Conforme explicam Streck e Abboud (2013, p. 130):

Não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema no direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*. Isso implica dois equívocos: o primeiro é que não há qualquer relação, pois as Súmulas Vinculantes são textos e como tal são interpretáveis; segundo, se, de fato, pudéssemos pensar que as Súmulas Vinculantes são precedentes, então teríamos que aplicá-las ao modo como se faz no *common law*.

Aparentemente, as súmulas vinculantes se assemelham muito mais ao texto legal do que aos precedentes, porque não há preocupação em se deixar clara a *ratio decidendi*, muito menos em demonstrar os fatos dos casos que deram origem à súmula, ou seja, o texto da súmula, por ser geral e abstrato, bem como possuir efeito vinculante, por esta razão estaria mais próximo da lei do que de um precedente judicial. Entretanto, a questão é muito polêmica.

Apenas a título de exemplo, as súmulas vinculantes foram instituídas no sistema brasileiro em razão da influência do sistema português, na verdade "importou-se" os assentos de jurisprudência daquele sistema. Os assentos portugueses eram enunciados com força vinculante, fixados pelo Supremo Tribunal de Justiça, com a principal finalidade de uniformizar a jurisprudência.

⁷⁵ Barboza (2014, p. 201) afirma que "é possível defender que é mais coerente e seguro adotar a doutrina do *stare decisis* tal como foi construída nos sistemas de *common law*, do que adotá-la em retalhos como é o caso das súmulas vinculantes".

Entretanto, no julgamento do Acórdão 810/93, o Tribunal Constitucional de Portugal destacou a importância da uniformização da jurisprudência, mas desqualificou os assentos como instrumento para atingir esse objetivo. Entendeu-se que a natural autoridade e força persuasiva da decisão do Supremo Tribunal de Justiça seria perfeitamente suficiente para assegurar, em termos satisfatórios, a desejável unidade de jurisprudência. Assim, foi editado o Decreto português nº 329-A/95⁷⁶, o qual revogou o art. 2º do Código Civil português⁷⁷, que constituía a previsão legal dos assentos. Ainda assim, decidiu-se criar figura das súmulas vinculantes no sistema brasileiro.

Por outro lado, saindo da análise do texto constitucional, pode-se afirmar que no Código de Processo Civil de 1973 também é possível identificar alguns dispositivos que demonstram a aproximação processual à doutrina do *stare decisis*.

O art. 285-A do Código de Processo Civil estabelece que "quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada". Neste caso, observa-se que a partir de uma única decisão anterior sobre um caso idêntico, o juiz pode dispensar a citação e reproduzir o teor da sentença anteriormente prolatada para o caso atual, isto é perfeitamente plausível na doutrina da *common law*, um único precedente pode ser vinculante.

Contudo, não se deve esquecer que até mesmo nesse caso, na *common law* existe o contraditório e a ampla defesa mesmo existindo precedente judicial, oportunidade na qual a parte poderá apresentar defesa no sentido de distinguir (*distinguishing*) o caso atual do precedente judicial, bem como de apresentar argumentos que possam levar a uma mudança de entendimento e revogação (*overruling*) do precedente.

Ainda, o art. 518, §1º, do Código de Processo Civil estabelece que "o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

Desse modo, observa-se que a lei processual permite ao juiz não receber o recurso levando em consideração a contrariedade às súmulas dos Tribunais Superiores. Neste caso, as

⁷⁶ Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-329a-1995/downloadFile/file/DL_329A_1995.pdf?nocache=1182950555.26. Acesso em 10/02/2015.

⁷⁷ A redação do aludido artigo: "Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral".

súmulas possuem não só determinado grau de persuasão, mas constitui elemento que impede o recurso de apelação, no caso de serem contrariadas.

Também pode-se destacar o art. 557 do Código de Processo Civil, que permite ao relator⁷⁸, em decisão monocrática, negar seguimento ao recurso quando estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. O §1º do mesmo artigo estabelece a possibilidade do relator dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Neste caso também pode-se observar o destaque das decisões judiciais, mesmo em nosso sistema, que é filiado à *civil law*.

Esses dispositivos do Código de Processo Civil demonstram uma maior preocupação em evitar o acesso desnecessário de alguns recursos aos tribunais superiores, reduzindo o número de processos e a carga de trabalho dos tribunais superiores. Aparentemente a preocupação em dar importância às decisões judiciais não decorreu da preocupação com a segurança jurídica, ou com um grau mínimo de previsibilidade no resultado das decisões judiciais.

Ocorre que com o Novo Código de Processo Civil, pretende-se trazer a vinculação aos precedentes no sistema jurídico brasileiro, e essa aproximação fica muito clara, inclusive na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil⁷⁹, que demonstrou uma imensa preocupação com a uniformização da jurisprudência, com a segurança jurídica e a estabilidade do sistema.

2.3 Breve análise da atividade jurisdicional no Brasil do século XXI

Após o processo de redemocratização do Brasil, que culminou na edição da Constituição Federal de 1988, criou-se um extenso rol de direitos e garantias constitucionais,

⁷⁸ "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

⁷⁹ De acordo com a Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010, p. 8): "Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo".

permitindo aos cidadãos a busca por esses direitos frente ao Judiciário. Esse fato gerou um aumento exponencial no número de ações judiciais. Nas palavras de Lima (2013, p. 35):

O ainda recente processo de redemocratização por que passou o Estado brasileiro também teve papel fundamental nesta transformação, na medida em que possibilitou que uma grande fatia da população voltasse a buscar em juízo a resolução de suas disputas. Além disso, a Constituição de 1988 cuidou de prever, expressamente, quantitativa e qualitativamente, direitos e garantias das mais diversas ordens, tornando pública a sua intenção de proteger os interesses do cidadão em face do Estado. Houve, com isso, literalmente uma explosão de ações judiciais, especialmente no âmbito dos juizados especiais cíveis e criminais.

Não é por acaso que os maiores litigantes do país são órgãos públicos da estrutura federal, estadual e municipal, bem como as instituições bancárias. Apenas a título de exemplo, na pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no ano de 2012, sobre os 100 maiores litigantes do país, constatou-se que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é responsável por 34,35% das ações judiciais em 1ª instância da Justiça Federal⁸⁰.

Mais de 1/3 (um terço) das ações judiciais em 1ª instância da Justiça Federal decorrem de um único litigante - o INSS -, que inclusive é um órgão público federal. Esse é apenas um exemplo, poderíamos citar inúmeros outros, mas a conclusão seria a mesma. A incompetência do Estado frente aos direitos e garantias dos cidadãos deságua no Judiciário, acarretando uma sobrecarga de serviço, de modo a gerar uma verdadeira crise institucional. A quantidade de processos não permite uma tutela jurisdicional de qualidade e em um prazo de tempo razoável⁸¹.

Nesse sentido, explica Lima (2013, p. 35) que:

A estrutura estatal de exercício da atividade jurisdicional já se revelou insuficiente à resolução tempestiva, adequada e justa dos infinitos conflitos sociais que surgem diariamente e que, por não ser possível solucioná-los exitosamente e de maneira autocompositiva, deságuam no Judiciário. Chega até a ser um verdadeira paradoxo o fato de que boa parte da população não deposita confiança no Judiciário e, ao mesmo tempo, opta pela resolução dos seus problemas por essa via.

⁸⁰ Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada "Os 100 maiores litigantes do País em 2012". Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 02/03/2015.

⁸¹ Mancuso (2013, p. 276-277) define algumas condições para uma resposta judiciária de qualidade, quais sejam: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.

Além disso, destaca-se outro problema na atividade jurisdicional do Brasil, qual seja, em geral não existe preocupação por parte dos magistrados com a coerência e estabilidade do direito. A ponto de se poder afirmar que não existe no sistema brasileiro qualquer grau de previsibilidade nos resultados das decisões judiciais.

Em regra, os juízes de 1º grau não se preocupam em seguir os entendimentos consolidados dos seus Tribunais superiores, e até mesmo os próprios Tribunais superiores não se consideram vinculados a seguir seus próprios entendimentos, nem mesmo se preocupam em uniformizar sua própria jurisprudência⁸².

Nos dias de hoje, não mais se justifica que por conta de uma exacerbada leitura do princípio da livre convicção, fique o jurisdicionado relegado a uma situação de injustiça e insegurança, a ponto de se justificar a pertinência do adágio *lites habent sidera*⁸³.

Mancuso (2013, p. 275-276), analisando a divergência jurisprudencial no Brasil, afirma que o verdadeiro problema não está na divergência jurisprudencial em si mesma, mas sim na ocorrência de um "notório desvirtuamento no modo e na intensidade em que se vem revelando o dissídio pretoriano", extrapolando em muito os limites do que seria razoável, justificável e suportável, configurando a temível "loteria judiciária", ou em termos menos severos, a "dispersão jurisprudencial excessiva". Em suas palavras:

Colocada a questão sob esse prisma, verifica-se que o verdadeiro problema não está (e nem poderia estar) na divergência jurisprudencial em si mesma, mas no excesso e descontrole dela, tornando a ação judicial um exercício de futurologia, fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja, enfim, quanto à sua final exequibilidade, o que tudo reflui para o desprestígio da função jurisdicional e para a desconfiança social quanto ao próprio caráter científico do Direito.

A divergência jurisprudencial em si mesma, portanto, não seria o problema. A divergência é algo natural, e ainda permite o maior debate da questão e assim, maior justiça na decisão, o problema reside na falta de controle dessa divergência, de modo que, no Brasil, isso faz com que o sistema jurisdicional se torne inseguro, incoerente e instável.

⁸² Barboza (2013, p. 236) afirma que "a insegurança jurídica também vem sendo sentida na medida em que os Tribunais brasileiros não se preocupam em garantir uma coerência às suas decisões, nem em respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores, ademais, mesmo as Cortes Superiores não respeitam sua própria construção jurisprudencial".

⁸³ Isto significaria que o resultado, a sorte dos processos dependeria das posições e conjunções astrais, pois já estaria "escrito nas estrelas", desde o ajuizamento.

2.4 A questão da (in)segurança jurídica no Brasil

A segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

A segurança e a igualdade ainda estão previstas no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, como direitos fundamentais dos cidadãos. Ainda, o inciso XXVI do aludido artigo estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Como pode-se observar, houve uma preocupação muito grande do constituinte com a segurança e estabilidade do sistema, bem como com a paz-social, ao instituir esses valores supremos.

Nesse sentido é a explicação de Barboza (2014, p. 236), ao afirmar que "o princípio da segurança jurídica que pode ser deduzido de nossa Constituição busca restringir a atuação estatal, que tem seus limites fixados na própria Constituição e legislação infraconstitucional, de forma a se garantir a estabilidade e paz social".

Ainda, o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade nos efeitos jurídicos decorrentes das relações sociais, e por corolário, um grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais. De acordo com Barboza (2014, p. 236), "tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo que eles possam programar ações futuras".

Maccormick (2009, p. 11) traz importante explicação no sentido de que a certeza seria inatingível, e o importante seria diminuir a incerteza a um nível aceitável. Em suas palavras:

Como um filósofo do direito no meio de vários legisladores, sempre tive uma certa inclinação para lembrar aos colegas que a certeza é inatingível, e que o máximo que se pode querer fazer é diminuir a incerteza para um nível aceitável.⁸⁴

⁸⁴ No original: "As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree".

Desse modo, de acordo com a explicação acima apresentada, o importante não seria alcançar a segurança absoluta, até mesmo em razão disso ser impossível, mas alcançar um grau de insegurança aceitável, situação que não ocorre no Brasil.

No Brasil, o grau de insegurança está muito longe do aceitável. A segurança jurídica não se realiza quando os órgãos inferiores decidem diversamente dos órgãos superiores, nem quando Câmaras ou Turmas de um mesmo Tribunal decidem de forma divergente entre si, nem mesmo quando um Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes⁸⁵.

Ainda, destaca-se a explicação de Barboza (2014, p. 237), no sentido de que a segurança jurídica nas decisões judiciais só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos. Em suas palavras:

Não se pode descurar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como o é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio da segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma - esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão - deva valer para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança.

Também é esse o entendimento de Gomes (1997, p. 38-39), ao afirmar que "o princípio da igualdade possui hoje uma dupla dimensão: a igualdade na lei (no tratamento dado pela lei) e igualdade na aplicação da lei (os juízes devem decidir os litígios idênticos com consequências idênticas)". E continua:

Em virtude desse último aspecto do princípio da igualdade, vem sendo construída a seguinte doutrina: Um mesmo órgão jurisdicional não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais; quando isso acontece, deve oferecer uma fundamentação suficiente e razoável.

Essa tese parece ter sido uma das preocupações do Novo Código de Processo Civil, que em seu art. 927, §4º, prevê que "a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de

⁸⁵ Nas palavras de Mancuso (2013, p. 277): "O valor justiça é o mais prejudicado pela desmesurada divergência jurisprudencial, porque, tirante as hipóteses de alteração no ordenamento positivo e/ou modificação relevante no quadro sociopolítico-cultural-econômico preexistente, pode e deve o Estado oferecer ao jurisdicionado uma jurisprudência o quanto possível estável, complementada por uma razoável previsibilidade de que o seu litígio receberá resposta judicial análoga à dos casos assemelhados".

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

Desse modo, sobre a interligação entre a segurança e igualdade, conclui Mancuso (2013, p. 274) que "é absolutamente indispensável que à isonomia teórica se agregue uma isonomia prática, representada por uma razoável previsibilidade, a ser oferecida ao jurisdicionado, no sentido de que sua pretensão receberá resposta judiciária qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie".

Ainda, a segurança jurídica está intimamente relacionada com os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos com relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes.

No Brasil, a falta de uma definição clara a respeito da vinculação dos Tribunais inferiores aos precedentes dos Tribunais superiores, em total afronta aos princípios da igualdade, previsibilidade, segurança e estabilidade jurídica, causa o aumento de litigiosidade desnecessária no âmbito dos Tribunais Superiores (BARBOZA, 2014, p. 238).

Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 96) afirma que "lamentavelmente, os tribunais e juízos estaduais e federais não vêm respeitando as decisões do Superior Tribunal de Justiça, chegando a negar-lhes, até mesmo, eficácia persuasiva, em total afronta ao sistema".

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, de acordo com o art. 105, III, da Constituição Federal, possui como principal função uniformizar a interpretação da lei federal. Mesmo assim os juízes e tribunais não raras vezes desconsideram a interpretação do STJ, com base no livre convencimento, e julgam de forma divergente⁸⁶.

A situação é tão alarmante que até mesmo os próprios tribunais alteram seus entendimentos em intervalos curtíssimos de tempo. Nem mesmo os próprios tribunais respeitam suas decisões.

Essas foram algumas das grandes preocupações do Novo Código de Processo Civil. A Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

⁸⁶ Apenas a título de exemplo, a Juíza Patrícia Helena Daher Lopes, ao julgar a Ação Ordinária nº 2008.70.00.008373-3/PR, caso de desaposentação perante o INSS, embora reconhecendo o entendimento do STJ, decide de forma contrária aquele Tribunal. Nos seguintes termos: "O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual a renúncia opera efeitos ex nunc. A devolução de proventos não é devida, visto que os valores recebidos tinham natureza alimentar. [...] Entretanto, este Juízo entende de forma diversa. A exigência de devolução não encontra obstáculo no fato de as prestações recebidas terem caráter alimentar" (JFPR. Vara Previdenciária de Curitiba. AO nº 2008.70.00.008373-3/PR. DJ, 14 out. 2009).

(BRASIL, 2010, p. 17-18) reconhece que "a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito". Nesse sentido, a Comissão afirma que:

Encampou-se, por isso, expressamente o princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

Somente com a estabilidade do sistema e o respeito à coerência entre as decisões judiciais é que será possível o respeito à igualdade e à segurança jurídica em nosso sistema jurídico. Essa coerência entre as decisões judiciais poderá existir se os precedentes forem aplicados de forma correta. Somente assim, pode-se alcançar o tão almejado "grau aceitável de insegurança".

2.5 Aspectos da cultura jurídica brasileira e os precedentes judiciais

Apesar de o direito brasileiro ter se aproximado da *common law*, no Brasil não existe uma cultura de precedentes, até mesmo porque nosso sistema jurídico é filiado à *civil law*, na qual prevalece a lei como fonte principal de aplicação do Direito.

Desse modo, serão abordados alguns aspectos que demonstram eventuais obstáculos à implantação de uma política de precedentes judiciais no Brasil, obstáculos estes que possuem raízes em nossa cultura jurídica.

2.5.1 O ensino jurídico

O ensino jurídico brasileiro deverá sofrer grandes mudanças culturais com a implantação de uma política de precedentes judiciais. Isto porque as faculdades de Direito privilegiam o estudo do Direito como direito positivado, estudam-se as leis e também o que a doutrina pensa sobre a lei, mas se dá pouca importância aos casos concretos, e pouca importância se tem dado ao estudo dos precedentes da *common law*⁸⁷.

⁸⁷ De acordo com Lima (2013, p. 445): "o estudante de Direito, na maioria dos casos, cola grau sem que nunca tenha sido introduzido a conceitos básicos como o de *stare decisis*, *ratio decidendi*, e *obiter dictum*, para não falar na completa ignorância a respeito de tantos outros instrumentos relacionados à aplicação de precedentes

Essa é uma preocupação que deve ser levada em consideração quando se está diante de um Novo Código de Processo Civil que, embora não esteja em vigor, pretende instituir precedentes judiciais em nosso sistema jurídico.

Souza (2006, p. 281) também entende dessa forma, ao afirmar que:

Nos últimos anos, em razão da crise pela qual o Judiciário brasileiro (e essa crise tem atingido certas verdades preestabelecidas), o tema do precedente judicial entrou na 'pauta do dia', mesmo sem muita profundidade acadêmica. A discussão entre nós tem girado em torno, sobretudo, da conveniência ou não da adoção da súmula vinculante, mas sem qualquer cuidado maior com os fundamentos e o *modus operandi* da teoria do *stare decisis*.

A adaptação normativa é necessária, mas não suficiente para garantir a estabilidade, previsibilidade (segurança jurídica) e isonomia, tão almeçadas com a adoção de uma política de precedentes judiciais. Faz-se necessário reconhecer a necessidade de que os operadores do Direito sejam instruídos, desde os bancos acadêmicos, a lidar com o emprego de precedentes judiciais, como ocorre em países vinculados à *common law* (LIMA, 2013, p. 443).

Portanto, surge a necessidade de se analisar como o ensino jurídico no Brasil se adaptaria frente à imposição de uma política de precedentes judiciais em nosso sistema.

Para isso, precisa-se compreender, mesmo que sinteticamente, como funciona o ensino jurídico nos países filiados à *common law*, para futuras comparações com o ensino do Direito no Brasil. Desse modo, opta-se pela análise do ensino jurídico no sistema norte-americano, isto porque no *common law* norte-americano existe também um grande destaque das legislações escritas.

Cole (1998, p. 11-14) destaca que a cultura jurídica dos Estados Unidos exige que se ensine ao estudante de Direito como analisar casos para determinar fatos relevantes, questões de direito que a Corte deve decidir, e os fundamentos que são apropriados para responder às questões jurídicas. De acordo com seu entendimento, o "ensino do direito através de aulas expositivas não fornece uma base satisfatória para alunos de direito para entender situações fáticas que lhes sejam apresentadas com o objetivo de análise, pesquisa ou previsibilidade". E continua sua explicação:

O ensino do direito nos Estados Unidos requer participação ativa do estudante de direito no processo de aprendizagem. Os alunos são chamados a

judiciais. Quando muito, os graduandos aprendem a realizar pesquisas jurisprudenciais aleatórias nos endereços eletrônicos dos tribunais, mas mesmo nesses casos, não são instruídos a analisar na sua inteireza os julgados, a fim de deles extrair a real conclusão adotada no julgamento".

participar nas aulas através de respostas e perguntas orais e gerais referentes ao material indicado para ser previamente preparado. É sumamente importante que o aluno esteja preparado para cada aula que participe da mesma para obter a confirmação das conclusões atingidas durante a preparação para aquela aula. Pesquisa e redação ocorrem durante o primeiro ano de direito, com grande parte do tempo durante a experiência obtida no primeiro ano, dedicada a exigir do estudante que aprenda a analisar casos, identificar fatos relevantes e questões de direito, e entender como deve entender e utilizar adequadamente o precedente dos casos estudados.

Conforme observa-se, o ensino jurídico nos Estados Unidos preocupa-se em preparar seus alunos para determinar os fatos relevantes, as questões de direito e os fundamentos apropriados para responder às questões jurídicas. O ensino se dá através do estudo de casos, e não da compreensão dogmática do texto da lei.

No Brasil o ensino jurídico está voltado ao estudo das leis, como era de se esperar em um país cuja cultura foi influenciada pela *civil law*. Entretanto, frente à imposição de uma política de vinculação aos precedentes judiciais, o ensino terá que sofrer algumas adaptações.

As faculdades deverão se preocupar em ensinar aos futuros operadores do Direito como lidar com institutos alheios à nossa cultura jurídica, como a identificação da *ratio decidendi*⁸⁸ e *obiter dictum*, bem como operar com as técnicas do *overruling* e *distinguishing*. Sobre o tema, destaca-se as palavras de Lima (2013, p. 445), que afirma:

Essa mudança de rumos no Direito nacional exige adaptações na base do sistema. As grades curriculares demandam aperfeiçoamento. A inclusão de disciplina obrigatória que verse sobre o 'sistema de precedentes judiciais no Brasil', na graduação dos cursos de Direito, é medida impostergável, com indiscutível utilidade para todas as outras subáreas jurídicas, posto se tratar de matéria que pode ser considerada subjacente às demais.

Na verdade a alteração legislativa incluindo a vinculação aos precedentes em nosso sistema não produzirá os efeitos esperados se a comunidade jurídica não se adaptar a ela, utilizando os precedentes adequadamente.

⁸⁸ Nas palavras de Marinoni (2013, p. 220): "É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é 'algo mais'. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes - e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados."

Essa questão sobre o ensino jurídico gera outra preocupação, os órgãos jurisdicionais, que não tiveram formação acadêmica para lidar com precedentes, não estão acostumados com uma cultura de precedentes, e também terão que se adaptar à essa nova realidade, demonstrando uma maior preocupação na fundamentação de suas decisões, tentando esclarecer o quanto possível o que constituiu a *ratio decidendi*, ou fundamentar clara e precisamente o porque aplicou a técnica do *overruling*, ou *distinguishing*.

Entretanto, destaca-se a notícia extraída do sítio da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, no sentido de que a AMB, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA e Associação dos Juízes Federais - Ajufe encaminharam documento à Presidência solicitando o veto aos artigos do Novo Código de Processo Civil que estabelecem critérios objetivos para a fundamentação das decisões judiciais⁸⁹.

Essa postura das associações que representam órgãos jurisdicionais demonstra um preocupante descaso com o aprimoramento da Justiça e a pouca receptividade dos magistrados à uma política de vinculação aos precedentes judiciais. Afinal, se algumas decisões judiciais terão autoridade suficiente para vincular o julgamento de casos futuros, como pode-se admitir que a fundamentação das decisões não seja suficientemente detalhada, precisa e clara.

Ao que parece os órgãos jurisdicionais terão grande dificuldade em se adaptar ao sistema de precedentes, e ouse-se afirmar que a maioria dos operadores do Direito também terão. Esse problema talvez tenha origem na formação jurídica, que é oriunda da *civil law*.

Sobre o assunto, Lima (2013, p. 445) sugere que para os profissionais que já possuem formação acadêmica e já trabalham com o direito, deve ser oferecida capacitação pelas respectivas entidades de classe (Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, AMB, AJUFE, etc.), não apenas por meio de cursos específicos, que instruem seus associados acerca do *modus operandi* com os precedentes judiciais, como ainda mediante a realização de eventos jurídicos voltados à divulgação e ao estímulo da classe a adaptar-se à nova realidade.

Somente o futuro dirá se o ensino jurídico se adaptará à uma política de vinculação aos precedentes judiciais. Talvez algum dia seja possível afirmar que existe uma cultura de precedentes judiciais no Brasil, bem como colher os frutos da adequada utilização dos precedentes.

⁸⁹ Disponível em: <http://novo.amb.com.br/?p=20242>. Acesso em: 04/03/2015. O Novo Código de Processo Civil foi sancionado e o Poder Executivo não acatou o pedido das associações dos magistrados.

2.5.2 A falta de preocupação dos tribunais em manter sua própria jurisprudência

Outro fator importante, que também demonstra uma questão da cultura jurídica brasileira, é a falta de preocupação dos tribunais brasileiros com a uniformização e coerência de sua própria jurisprudência.

Isso ocorre em todos os tribunais nacionais, desde os Tribunais de Justiça dos estados até o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Ao que parece a maioria dos magistrados se preocupa muito mais em fazer prevalecer a sua opinião pessoal do que trabalhar em conjunto na construção de uma opinião consolidada do tribunal a que pertence. Isso gera uma alarmante insegurança ao jurisdicionado e a perda de credibilidade do Judiciário.

Ousa-se afirmar que não existe jurisprudência consolidada nos tribunais, nada garante que o tribunal irá manter a estabilidade de sua própria jurisprudência e na prática verifica-se que não existe essa preocupação em mantê-la.

Mancuso (2013, p. 175-176), cita a conclusão de Reis (1929, p. 688)⁹⁰ sobre o tema, no sentido de que "antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme, cada um sabe o que pode contar; perante jurisprudência incerta ninguém está seguro do seu direito".

O ideal seria que a jurisprudência fosse correta e uniforme, mas se fosse necessário optar, a opção seria a mesma do autor acima citado, isto porque não existe efetividade do Direito como um todo se os cidadãos não sabem o que esperar dos magistrados.

Essa foi uma das grandes preocupações do Novo Código de Processo Civil. A Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010, p. 17-18) reconhece na exposição de motivos que "a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito".

Pode-se encontrar jurisprudência em quase todos os sentidos, defendendo inúmeras teses jurídicas, muitas vezes totalmente divergentes entre si, de modo que a força persuasiva das decisões judiciais dos órgãos superiores fica comprometida.

A política de vinculação aos precedentes poderá contribuir para a consolidação e uniformização dos entendimentos dos tribunais nacionais, é o que se espera. Entretanto, isso

⁹⁰ REIS, José Alberto dos. Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

somente irá acontecer se os operadores do Direito adquirirem conhecimento suficiente para manusear precedentes, isso exige uma mudança considerável nas raízes da cultura jurídica brasileira.

2.5.3 Excesso de divergência jurisprudencial

O número de súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal passa de 700 (setecentos), enquanto que no Superior Tribunal de Justiça, esse número ultrapassa 500 (quinhentos) verbetes sumulados, sem contar a jurisprudência não sumulada.

Contudo, o problema não está no número de entendimentos em si, mas na falta de coerência entre eles, de modo que na maioria das vezes pode-se encontrar jurisprudência para defender várias teses, muitas vezes conflitantes.

Nogueira (2013, p. 237)⁹¹, analisando o contexto brasileiro, afirma que:

Hoje não é difícil que se tenha, em um litígio, a citação pelas partes de precedentes que em tese lhe são favoráveis, e do próprio Tribunal. Há uma quantidade tão grande de precedentes que não é difícil para a parte, fazendo uma pesquisa mais aprofundada, descobrir a existência de precedentes tanto favoráveis à tese do autor quanto favoráveis à tese do réu. Neste caso, a coexistência de precedentes, o seu valor e a sua força ficam seriamente comprometidas.

Esse problema do excesso de súmulas e jurisprudência e sua falta de coerência, bem como outros decorrentes da cultura jurídica brasileira, demonstram obstáculos na implementação de uma política de precedentes.

Sobre o excesso de divergência jurisprudencial, destaca-se a proposta de Ramires (2010, p. 151), nos sentidos de que:

Não se pode acolher o que convém a um plano e rejeitar o resto. Esse é um dos principais problemas que se enfrenta em uma comunidade jurídica como a brasileira, onde os tribunais produzem julgados antagônicos, disponíveis para todas as necessidades que se apresentarem. A fundamentação com base em precedentes, quando houver essa possibilidade de se lidar com decisões prévias contraditórias, deve sempre ter ambas as posições em seu horizonte.

Desse modo, quando se deparar com diversas decisões antagônicas eventualmente aplicáveis a um caso, o magistrado deveria fundamentar sua decisão tendo em vista todas

⁹¹ O autor utiliza a expressão "precedentes" em sentido amplo, significando apenas decisões judiciais anteriores, sem qualquer vinculação à teoria dos precedentes da *common law*.

essas posições. Seria a atitude correta, mas na prática seria inviável, tendo em vista a quantidade de processos que cada magistrado precisa julgar e a quantidade de divergência jurisprudencial.

Entretanto, apesar de acreditar que a adaptação não será fácil, uma política de vinculação aos precedentes, se aplicada corretamente, com o tempo trará muitos benefícios ao sistema jurídico brasileiro, dentre eles a uniformização dos entendimentos dos tribunais nacionais, proporcionando o tão almejado grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais, contribuindo para a segurança jurídica e a igualdade entre os jurisdicionados.

2.5.4 Utilização inadequada dos precedentes

Na prática dos tribunais brasileiros, na maioria das vezes observa-se somente a referência ao número do recurso que está sendo invocado para justificar uma determinada decisão, sem qualquer fundamentação a respeito do porque aquele caso paradigma está sendo invocado no caso presente. A utilização de precedentes não é isso. Exige-se uma análise detalhada da fundamentação do caso paradigma, identificando as *rationes* daquele caso, para depois, fundamentadamente, reconhecer a autoridade destas *rationes* para o caso atual⁹².

Isso demonstra que os tribunais não estão preparados para a utilização de precedentes judiciais, até mesmo em razão da cultura dos magistrados que muitas vezes não se preocupam com a fundamentação detalhada das decisões, em virtude do número de processos pendentes de julgamento, o que faz com que o magistrado se preocupe muito mais com a quantidade de julgados do que com a qualidade destes.

Se os tribunais não fazem a comparação analítica do caso que estão julgando e o caso precedente, transfere-se para a parte interessada o ônus de, após o julgamento do seu caso, procurar o precedente e tentar entender porque o mesmo foi invocado para justificar aquela decisão proferida.

Sobre a simples referência ao número do recurso, Nogueira (2013, p. 237) afirma que: "Em que pese ser uma prática comum nos Tribunais, com ela não podemos concordar,

⁹² Sobre o tema, Nogueira (2013, p. 237), criticando a atuação dos tribunais brasileiros, afirma que: "Ora, da parte o Tribunal exige a chamada demonstração analítica, ou seja, que ela demonstre detalhadamente que seu caso concreto possui semelhanças com outro caso, chamado de caso paradigma. Essa é uma exigência decorrente da lei para que o recurso especial por divergência jurisprudencial seja conhecido. A forma de julgar no Brasil precisa ser urgentemente modificada".

posto que passa para a parte um ônus que era dever do Tribunal: fundamentar a decisão judicial".

Essa prática talvez esteja associada ao próprio significado dos precedentes - em sentido amplo - no sistema brasileiro. No Brasil, os precedentes são usados principalmente para acelerar o tempo necessário para julgar um recurso, através do julgamento monocrático, razão pela qual não há muita preocupação com a adequação do precedente ao caso em tela porque isso representa "perda de tempo". Cita-se o número do recurso precedente, quando muito a ementa, e decide-se o recurso com a ideia de que o precedente foi respeitado (NOGUEIRA, 2013, p. 237).⁹³

Na *common law* existe uma preocupação muito maior em julgar o caso concreto com base em precedentes judiciais, isto porque os precedentes neste sistema representam uma fonte de aplicação do Direito e não uma técnica de aceleração do julgamento dos recursos.

Outro problema está relacionado ao fato de os operadores do Direito, ao utilizarem a jurisprudência para justificar suas teses, tenham a prática de "copiar e colar" as ementas, sem analisar o inteiro teor do julgado. Essa prática não permite ao operador confrontar os fatos do caso precedente e atual, no sentido de verificar a aplicabilidade da decisão paradigma ao seu caso presente. Essa prática é muito perigosa, faz com que os operadores do Direito possam estar fundamentando suas teses com uma jurisprudência inaplicável ao seu caso, porque na ementa não é possível identificar os fatos nem mesmo a *ratio decidendi*.

Sobre o assunto, Ramires (2010, p. 148) explica que:

Há vários riscos intrínsecos a essa prática. O principal deles é a legitimação de uma metafísica jurídica, através do uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descoladas *a posteriori* dos casos que lhes deram origem. Ementas e verbetes de casos passados são proposições generalizantes, que parecem gravitar sobre a realidade concreta e esperar por encaixes artificiais. Surgem, assim, aplicações de precedentes sem uma identificação suficiente entre o caso passado e o caso presente.

Ocorre que, com o Novo Código de Processo Civil, a prática dos tribunais terá que ser modificada, pois algumas decisões judiciais terão autoridade vinculante, assim como ocorre na *common law*. Desse modo, a correta utilização dos precedentes será essencial para se obter os benefícios deste instituto. Essa modificação cultural exigirá dos tribunais nacionais um aumento significativo da preocupação com a fundamentação das decisões judiciais.

⁹³ Não existem precedentes em sentido estrito no sistema brasileiro. Neste parágrafo utilizamos a expressão precedentes em sentido amplo, significando apenas as decisões anteriores.

Todas essas questões culturais que implicam em obstáculos para a utilização de precedentes talvez tenham raízes na própria tradição jurídica a que estamos filiados - a *civil law* -, associadas a outros problemas como a leitura exagerada do princípio do livre convencimento e também em razão do excesso de problemas sociais que deságuam no Judiciário, fazendo com que o excesso de demandas contribua para uma cultura que se preocupa muito mais com quantidade de decisões judiciais em prejuízo da qualidade destas, e mesmo assim, não consegue proporcionar uma tutela ao jurisdicionado em um prazo de tempo razoável.

Nesta perspectiva, os precedentes da *common law* surgem como possível ferramenta de aprimoramento do sistema. Se aplicados corretamente, a coerência e uniformidade da jurisprudência proporcionarão maior segurança jurídica e igualdade. Quanto maior for o grau de segurança jurídica, menor será o número de ações judiciais e recursos desnecessários, o que contribuirá também para a diminuição do número de demandas no Judiciário.

O próximo passo, portanto, será analisar as modificações - adaptações - necessárias em nosso sistema jurídico para que os precedentes funcionem de forma eficaz e eficiente.

2.6 Adaptações necessárias para se operar com precedentes judiciais

Já estudou-se as questões culturais que consistirão em barreiras no manusear de precedentes judiciais pelos operadores do Direito. Desse modo, com base em sugestões encontradas na doutrina, busca-se neste momento verificar as modificações que entende-se serem necessárias para se operar com precedentes judiciais no Brasil.

A análise do que realmente está por vir com o Novo Código de Processo Civil sobre precedentes foi separada para momento posterior.

2.6.1 Qualificação dos estudantes e operadores do Direito

Talvez o ponto mais importante para o funcionamento de precedentes em nosso sistema resida na qualificação dos estudantes e operadores do Direito para manusear precedentes judiciais.

A mera modificação legislativa não conseguirá trazer uma política de precedentes para o Brasil. Se os operadores do Direito não souberem manusear precedentes, a técnica simplesmente não funcionará, não teremos os benefícios trazidos por este instituto, como a

segurança jurídica, igualdade, redução do número de processos e a coerência e estabilidade das decisões judiciais.

Apesar de já ter sido abordado o ensino jurídico no Brasil em momento anterior, aqui cumpre acrescentar mais alguns pontos a serem levados em consideração.

Analisando a realidade do ensino jurídico no Brasil, Carvalho (2011, p. 251) afirma que:

O professor-jurista, ao elaborar ou professar teorias, limita-se à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica e apresentando aos alunos um sistema pronto e acabado, supostamente harmônico, que possuiria todas as respostas jurídicas possíveis. Não orienta seus alunos a buscar o porquê daquelas determinações legais ministradas. Essas abstrações não só levam a um progressivo distanciamento da realidade, mas também a uma fórmula positivista reducionista.

De acordo com a aludida autora, a crise do ensino jurídico brasileiro reside na preocupação das instituições em formar meros técnicos do Direito, sem capacidade crítica. Em suma, conclui a autora que as instituições de ensino não se preocupam em criar pensadores do Direito, mas meros aplicadores do direito positivado, como se este fosse "pronto, acabado e supostamente harmônico"⁹⁴.

Essa realmente é uma preocupação a ser levada em consideração quando um sistema como o nosso está diante de uma política vinculação aos precedentes. A utilização de precedentes judiciais como fonte de aplicação do Direito irá exigir uma postura diferente dos operadores do Direito. Estes terão que aprender a analisar e interpretar precedentes judiciais corretamente. O profissional do Direito terá que raciocinar não só sobre a aplicação dogmática da lei, mas também sobre precedentes.

Os operadores do Direito precisarão aprender a identificar precedentes aplicáveis ao seu caso, através da confrontação dos fatos, identificação da *ratio decidendi*, verificar o grau de autoridade do precedente (se o mesmo não foi superado ou modificado), e fazer a devida fundamentação nesse sentido, e ainda analisar se seu caso não justifica as técnicas de *overruling* ou *distinguishing*. O modo de lidar com o Direito não terá somente o foco na legislação escrita.

⁹⁴ Nosso direito positivo não tem nada de "pronto e acabado" e muito menos é "harmônico", se assim fosse não precisaríamos nos preocupar com a inserção de uma política de precedentes.

Aqui surge o problema, como esse profissional, tão acostumado a utilizar a jurisprudência apenas "copiando e colando" as ementas, irá se adaptar à uma política de precedentes judiciais?

Respondendo essa questão, utiliza-se a sugestão de Lima (2013, 445), já destacada anteriormente, no sentido de que será necessária a inclusão da matéria "sistema de precedentes judiciais no Brasil" como disciplina obrigatória nas grades curriculares das faculdades de Direito, bem como que os profissionais que já possuem formação acadêmica e já trabalham com o Direito, deverão se capacitar através das respectivas entidades de classe (OAB, AMB, AJUFE, CONAMP, etc.), não apenas por meio de cursos específicos, que instruem seus associados acerca do *modus operandi* com os precedentes judiciais, como ainda mediante a realização de eventos jurídicos voltados à divulgação e ao estímulo da classe a adaptar-se à nova realidade.

Ainda, deve ser levado em consideração o fato de que na prática é muito difícil identificar com clareza os fatos e a *ratio decidendi* nas ementas dos acórdãos, de modo que o operador do Direito terá que pesquisar não só a ementa, mas sim o inteiro teor dos acórdãos que pretender utilizar como precedente judicial.

Esses são os pontos mais importantes para a adaptação da nossa cultura jurídica à uma política de vinculação aos precedentes judiciais.

2.6.2 Organização e atualização de repositórios oficiais de precedentes judiciais

Frente à eventual implementação de uma política de precedentes judiciais em nosso sistema jurídico, surge como condição essencial para que o sistema funcione, a necessidade de se organizar e atualizar os precedentes judiciais em repositórios oficiais.⁹⁵

Atualmente, no Brasil, principalmente em razão do avanço tecnológico da rede mundial de computadores, pode-se realizar consultas jurisprudenciais nos endereços eletrônicos dos tribunais, acessando um grande e quase infinito acervo de decisões, com uma quantidade considerável de informações, dentre as quais, o resumo, a data e a íntegra do julgamento, os juízes que participaram e o respectivo órgão julgador, etc.

⁹⁵ Essa sugestão no sentido de organizar e atualizar precedentes judiciais em repositórios oficiais nos é apresentada por Lima (2013, p. 447), com a qual concorda-se.

Entretanto, apesar desses inúmeros dados disponibilizados pelos tribunais, ainda existem informações tão ou mais importantes que os tribunais deveriam prestar e que são omitidas, mesmo que despropositadamente (LIMA, 2013, p. 449).

Basta levar em consideração que a consulta por palavras-chaves ao acervo jurisprudencial de uma Corte não permite saber se a decisão jurisprudencial foi superada internamente ou por órgão superior, se houve modificação legislativa capaz de afetá-la, nem o número de vezes que aquela decisão judicial foi citada, pelo menos naquele tribunal. Desse modo, Lima (2013, p. 449) sugere que essas informações fossem disponibilizadas nas consultas jurisprudenciais.

Isto porque, sem essas informações fica difícil impedir que os tribunais apliquem entendimentos jurisprudenciais já superados, seja por outro órgão mais qualificado ou por órgão superior. Além disso, os advogados ficam sujeitos a citar em suas petições algumas decisões que foram alvo de modificação, e os jurisdicionados ficam sujeitos a adotar comportamentos já não mais aceitos como legítimos pelos entendimentos jurisprudenciais.

Ainda, a informação sobre a constante repetição da decisão judicial em futuros casos também é fundamental, porque demonstra a força e autoridade do julgado, revela o grau de eficácia da pretérita decisão.

Lima (2013, p. 450) afirma que a ausência dessas informações enfraquecem o sistema de precedentes, e tornam os profissionais vulneráveis a elementos que muitas vezes fogem do seu alcance, ainda que sempre atuem com boa-fé.

Desse modo, o sistema de consulta jurisprudencial também deverá ser adaptado para a utilização de precedentes judiciais, deverá existir de forma organizada, acessível, atualizada, e com grande margem de confiabilidade, repertórios ou compilações que se prestam a catalogar as decisões judiciais, para que se possa manusear precedentes judiciais com efetividade⁹⁶.

⁹⁶ Estas adaptações nem mesmo precisam de mudanças normativas, bastando uma sinalização do Conselho Nacional de Justiça - CNJ para que os tribunais adotem tais práticas. Isto porque as adaptações sugeridas encaixam-se em várias diretrizes de competência do CNJ, em especial "colaborar com a elaboração de atos normativos que promovam a celeridade processual, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e a melhoria das condições de trabalho dos juizes". Diretrizes do CNJ para o biênio 2015-2016, inciso VIII. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30830:cnj-lanca-diretrizes-de-gestao-para-bienio-2015-2016>. Acesso em 10/03/2015.

2.6.3 Divulgação dos precedentes judiciais para a sociedade

A autoridade vinculante dos precedentes judiciais não apenas define o modo com que o Judiciário interpretará as decisões futuras, mas também possui o condão de orientar os cidadãos acerca de posturas e comportamentos que deverão adotar no meio social. Essa uniformidade e coerência das decisões judiciais é que proporciona segurança aos jurisdicionados.

É sobre este aspecto que insere-se a necessidade de divulgação adequada dos precedentes judiciais⁹⁷, no sentido de torná-los acessíveis aos cidadãos comuns, para que estes saibam como se comportar em suas relações sociais.

Nesse sentido, explica Lima (2013, p. 452) que "a eficiência da norma julgada depende consideravelmente da sua divulgação entre aqueles que, em algum momento, podem dela necessitar".

Não apenas os operadores do Direito deverão ter acesso fácil aos precedentes, mas toda a sociedade, tendo em vista que todos serão de certa forma atingidos pela autoridade dos precedentes judiciais.

Lima (2013, p. 452) chama a atenção para o problema de que o Judiciário ainda tem muita dificuldade de ser corretamente compreendido pela sociedade, seja pelo preciosismo técnico da linguagem utilizada na praxis forense, seja pela incompletude das informações que efetivamente chegam ao consumidor da tutela jurisdicional, e conclui:

Essa questão precisa ser superada urgentemente. As decisões judiciais precisam ser claras, inquestionáveis e não podem dar margem a interpretações dúbias. O judiciário precisa tratar dessa mácula que atinge sua imagem e que inverte sua função pacificadora, pois produz novos conflitos acerca de questões mal decididas.

Desse modo, entende-se que essa também deverá ser uma preocupação do Judiciário no processo de instalação dos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais com considerável grau de autoridade deverão ser divulgados na mídia, através de uma linguagem clara e o sem preciosismo técnico da praxis forense, para que os cidadãos sem formação jurídica, possam compreendê-los.

⁹⁷ Essa sugestão no sentido da necessidade de divulgação adequada dos precedentes judiciais nos é apresentada por Lima (2013, p. 451-452), com a qual concordamos.

2.6.4 Conscientização da utilidade de um sistema de precedentes

Acredita-se que a conscientização sobre as vantagens trazidas por uma política de precedentes judiciais irá motivar e facilitar a adaptação do sistema jurídico à essa nova realidade. Os operadores do Direito entenderão que terão importantes motivos para seguir precedentes. Quais motivos seriam esses?

Com uma política de precedentes judiciais, pressupõe-se que haverá coerência, estabilidade e um grau mínimo de previsibilidade nos resultados das decisões judiciais, o que gera segurança jurídica. Ainda, ao se garantir a estabilidade das decisões judiciais e tratar os casos iguais de forma semelhante, proporciona-se também a igualdade entre os jurisdicionados.

Além disso, com uma política de precedentes judiciais, haverá a redução do número de processos, porque os cidadãos não irão ingressar com ações que já sabem de antemão não haver chance de vencer, porque os entendimentos a respeito do assunto já estão consolidados e a partir do precedente, a autoridade desse entendimento terá eficácia vinculante.

Atualmente, em razão da já aludida crise de insegurança jurídica em nosso sistema jurídico, todo e qualquer argumento pode ser levado ao Judiciário, tendo em vista que no nosso sistema, admitem-se diversos entendimentos a respeito do mesmo assunto, fazendo com que a decisão judicial varie de acordo com a distribuição da ação, configurando a temível "loteria judicial".

Ousa-se afirmar que se a ação for distribuída em uma determinada vara, ela pode ser julgada totalmente procedente, e caso seja distribuída em outra vara, pode ser julgada totalmente improcedente.

O exemplo se repete também nos tribunais, tendo em vista que uma turma/câmara muitas vezes possui um entendimento, e outra, que também aprecia a mesma matéria, tem outro entendimento totalmente divergente.

Uma política de precedentes judiciais no Brasil vem para extinguir essa prática do Judiciário. Ela se insere como ferramenta que proporciona coerência e uniformidade ao sistema. Os operadores do Direito devem se conscientizar sobre esses benefícios, principalmente os órgãos judiciais, para que utilizem os precedentes judiciais de forma correta.

Essa conscientização dos magistrados consiste na percepção de que estes abrirão mão de parte de sua autonomia, que a partir de uma leitura exacerbada do livre convencimento, se

torna não raras vezes arbitrária, em favor de algo maior, que é a coerência, uniformidade, integridade e estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais. Os magistrados precisam perceber que perderão parte de sua autonomia e isso irá fortalecer o Judiciário e não enfraquecê-lo.

Os precedentes judiciais não "engessam" o sistema, até mesmo porque, conforme já estudado, existem as técnicas de *distinguishing* e *overruling*.

Ainda, cumpre esclarecer que aplicar precedentes está longe de ser uma atividade mecânica. Manusear precedentes tem como premissa básica a interpretação da *ratio decidendi*, e também a confrontação dos fatos, isto exige um processo hermenêutico complexo, bem como a respectiva fundamentação a respeito da aplicação daquela *ratio* do caso paradigma ao caso atual.

Essas vantagens também devem ser levadas em consideração pelos órgãos judiciários no momento da fundamentação das decisões judiciais. Em momento anterior citou-se a notícia de que diversas associações da magistratura ingressaram com pedido à Presidente no sentido de que essa vetasse os dispositivos do Novo CPC que exigirão uma fundamentação detalhada das decisões judiciais. Esse fato é preocupante, porque demonstra que o Judiciário não compreendeu ainda o que realmente são os precedentes judiciais⁹⁸.

Se haverá uma política de precedentes, as decisões judiciais não produzirão mais efeitos só entre as partes, a autoridade das decisões irá influenciar diretamente os outros casos e a sociedade como um todo, pois irá orientar o comportamento dos jurisdicionados no meio social, por essa razão, as decisões judiciais deverão ser minuciosamente fundamentadas. Ora, se o grau de autoridade dos precedentes irá vincular os demais órgãos jurisdicionais, como aceitar a autoridade do precedente se este estiver mal fundamentado.

Essa falta de preocupação com a fundamentação pode ter origens na cultura jurídica da *civil law*, conforme explica Marinoni (2013, p. 232):

No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar aos outros, que não sejam os litigantes. É por esse motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra do

⁹⁸ Vide p. 102. Disponível em: <http://novo.amb.com.br/?p=20242>. Acesso em: 04/03/2015.

direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.

Apesar do nosso sistema jurídico se filiar à família da *civil law*, a teoria de precedentes judiciais é instituto da *common law*, e se estes serão aplicados em nosso sistema, deverão haver adaptações.

Acredita-se que nosso sistema jurídico se adaptará mais facilmente, se a comunidade jurídica compreender o que realmente são os precedentes judiciais e os benefícios trazidos por esse instituto. Em razão disso é que se fala da importância na conscientização a respeito da utilização de precedentes judiciais.

2.6.5 Adaptações na elaboração das ementas

Mencionou-se em momento anterior a questão sobre a utilização da jurisprudência pelos operadores do Direito atualmente, se resumindo à atividade de "copiar e colar" ementas sem qualquer confrontação dos fatos nem identificação dos fundamentos determinantes - *ratio decidendi* - da decisão.

Deve-se levar em consideração que as ementas, consistindo em mero resumo do que ficou decidido no acórdão, não deixam claros os fatos do caso nem mesmo os fundamentos determinantes que levaram os julgadores àquela conclusão.

Desse modo, com a imposição de vinculação aos precedentes judiciais, a ementa não deverá servir de base para se invocar um precedente judicial, mas sim o inteiro teor do julgado, a não ser que hajam modificações na elaboração das ementas.

Com a imposição de autoridade vinculante aos precedentes judiciais, a elaboração das ementas também deve passar por um processo de adaptação. O que se propõe é que haja uma preocupação do julgador no sentido de esclarecer todas as circunstâncias fáticas do julgamento, bem como apontar claramente os fundamentos determinantes - *ratio* - que levaram os magistrados àquela conclusão.

Com isso, facilitará a utilização do acórdão como precedente judicial, sem se esquecer que por uma questão de cautela, recomenda-se ao operador do Direito que consulte sempre o inteiro teor dos precedentes que pretender invocar.

2.7 Precedentes judiciais no Brasil: uma prática possível?

Embora o NCPC instituir no sistema brasileiro uma política de vinculação aos precedentes judiciais, faz-se necessário refletir sobre o assunto, tendo em vista os aspectos culturais acima explanados. Afinal, seria viável aplicar precedentes judiciais no Brasil?

Antes de se responder essa indagação, faz-se necessário destacar alguns argumentos contrários à aplicação de precedentes judiciais no direito brasileiro, que foram encontrados no âmbito acadêmico.

Fernandes e Lima Filho (2014, p. 1-19) defendem a inaplicabilidade da teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Sustentam os autores que a solução do problema da falta de uniformização de jurisprudência e excesso de demandas estaria diretamente ligada ao aperfeiçoamento da teoria da decisão judicial, e não da teoria do precedente judicial⁹⁹.

Discorda-se da opinião dos autores acima mencionados, porque acredita-se que o problema do exagero da divergência jurisprudencial está relacionado à cultura dos magistrados brasileiros, que não se preocupam com a integridade, estabilidade e coerência de seus entendimentos, até mesmo porque já existem em nosso sistema ferramentas de uniformização de jurisprudência, mas que são raramente ou quase nunca utilizados. Assim, talvez a imposição legal de vinculação aos precedentes judiciais seja a melhor resposta para o problema da falta de uniformização da jurisprudência no Brasil.

Além disso, Fernandes e Lima Filho (2014, p. 8) destacam que o Supremo Tribunal Federal não seria uma Corte confiável, em razão de seus membros serem indicados pelo Executivo e sabatinados pelo Legislativo, motivo pelo qual vincular todo o Judiciário aos entendimentos da Corte Suprema gerariam grandes riscos para a sociedade brasileira.

Embora não haja *stare decisis* no Brasil, alguns entendimentos do Supremo Tribunal Federal já possuem efeito vinculante, como as decisões em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados sumulares vinculantes. Assim, mesmo se for levado em

⁹⁹ "[...] o que poderá resolver os problemas da falta de uniformidade nas decisões é uma efetiva e aplicável teoria da decisão judicial, para aí sim discutir a efetividade da aplicação de uma teoria dos precedentes judiciais. Importar não é o segredo quando os problemas internos maculam até mesmo a mais nobre atividade, qual seja a de aplicar corretamente o direito aos casos concretos". (FERNANDES; LIMA FILHO, 2014, p. 17).

consideração o fato de que a Corte Suprema não seria confiável, esta já possui decisões com autoridade vinculante.

Ademais, a falta de estabilidade e coerência nas decisões judiciais gera uma desconfiança da sociedade perante todo o Judiciário, o que enfraquece a Instituição. A situação do Judiciário brasileiro é tão complicada que ousa-se afirmar que o jurisdicionado, embora opte pela jurisdição para resolver seus conflitos, não confia na resposta que receberá do Judiciário. A falta de controle da divergência jurisprudencial é tamanha que pode-se encontrar na jurisprudência todo e qualquer tipo de decisão para situações idênticas.

Outro argumento encontrado na pesquisa de Fernandes e Lima Filho (2014, p. 10) é no sentido de que o poder de interpretar do juiz da *civil law* foi uma conquista importante ao longo da história, e com uma política de precedentes judiciais esse poder estaria sendo perigosamente removido dos juízes:

Com a vinculação do julgador ao entendimento dos tribunais superiores é perceptível se sentir certa positivação do direito jurisprudencial. Antes o juiz era considerado 'boca da lei', hoje se pode dizer que se encaminha o sistema a um juiz 'boca da jurisprudência'.

Entretanto, entende-se que o poder de interpretação dos juízes não estará sendo removido com uma política de vinculação aos precedentes judiciais, mas sim corretamente limitado, para evitar a arbitrariedade, em favor de algo maior, que é a estabilidade, integridade e coerência do sistema jurídico. Esse fator não enfraquece a Instituição, mas pelo contrário, a fortalece, pois se uma política de precedentes for corretamente aplicada, os benefícios trazidos ao sistema farão com que a credibilidade do Judiciário aumente perante a sociedade.

Outro argumento comumente levantado é no sentido de que os precedentes judiciais "engessariam" a atividade jurisdicional e violaria a independência funcional dos magistrados. Infelizmente, entende-se que este argumento é fruto da incompreensão de uma teoria de precedentes judiciais, tanto é que existem técnicas de aplicação de precedentes, como o *distinguishing*, que permite ao magistrado afastar a autoridade do precedente quando concluir que os fatos do caso atual são diferentes do caso paradigma, bem como o *overruling*, que consiste na superação do precedente, fazendo com que o direito possa se adaptar às modificações políticas, culturais e econômicas da sociedade.

Afinal, seria possível aplicar precedentes judiciais no sistema brasileiro? Entende-se que a aplicação de precedentes judiciais não somente é possível, como também necessária ao sistema.

A falta de controle da divergência jurisprudencial gera a instabilidade e incoerência do Direito, faz com que não haja um grau mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais, gerando insegurança jurídica e desigualdade aos jurisdicionados.

Além disso, o fato de não haver um grau mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais favorece o aumento do número de processos e, por corolário, contribui para a morosidade processual.

Contudo, entende-se que embora necessária, uma política de precedentes judiciais somente seria possível no Brasil se ocorressem as adaptações mencionadas anteriormente, especialmente a qualificação adequada dos operadores do Direito e a conscientização sobre uma política de vinculação aos precedentes judiciais.

A situação é complexa, isto porque nosso sistema, além de influenciado pela tradição da *civil law*, na qual não existe uma preocupação com os casos concretos, mas sim com a legislação escrita, também possui em suas raízes uma leitura exagerada do princípio do livre convencimento.

A falta de preocupação dos magistrados em seguir os entendimentos de seus órgãos jurisdicionais superiores é uma questão cultural. O juiz decide conforme a sua consciência.

Além disso, essa questão cultural possui raízes tão profundas que muitas vezes os próprios órgãos jurisdicionais superiores não se preocupam em seguir seus próprios entendimentos, nem mesmo se preocupam em uniformizá-los. Essa foi a principal preocupação da presente pesquisa, que analisou a viabilidade de aplicação de precedentes judiciais no sistema brasileiro, como possível solução ao problema.

Sobre a incoerência e irracionalidade do direito jurisprudencial brasileiro, Marinoni (2014, p. 72) afirma que:

Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país.

E completa sua explicação:

Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mercado, assim com governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesse na incoerência e na irracionalidade do que no contrário. Esse ponto,

apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de *civil law* marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na administração pública, inclusive na administração da justiça.

Um sistema de precedentes, que visa trazer racionalidade e estabilidade ao Direito, enfrenta também barreiras de cunho vil, diante do interesse de alguns na irracionalidade e instabilidade do sistema. Apesar disso, nosso foco maior é no debate acadêmico do assunto, sem adentrar nos problemas políticos brasileiros.

Desse modo, conclui-se o presente capítulo com a explicação de Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 227) sobre o advento do Novo Código de Processo Civil:

Pontue-se que a nova lei não mudará, como os românticos acreditam, o quadro 'catastrófico' que a justiça brasileira está imersa. Ela representará um capítulo relevante desse enredo, sem poder olvidar os demais que envolvem desde a interpretação adequada, promovida pela doutrina e pelos tribunais, passando pela mudança do gerenciamento e da infraestrutura do sistema jurisdicional e o ataque às causas de uma litigiosidade tão plúrima e complexa, como é a brasileira da atualidade.

Portanto, os problemas enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro somente serão resolvidos por uma política de vinculação aos precedentes judiciais se houver uma adequação do sistema jurídico à essa nova realidade imposta pela nova legislação processual civil. Caso contrário, em que pese a alteração legislativa, uma política de precedentes judiciais não será eficaz em nosso sistema.

CAPÍTULO III - A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil demonstrou uma enorme preocupação com a falta de uniformização da jurisprudência e com a razoável duração do processo, em razão disso, a Comissão deixou claro que seriam trazidos para o Novo Código a Resolução de Demandas Repetitivas¹⁰⁰, do direito alemão, bem como a vinculação aos precedentes, da *common law*.

A obrigatoriedade de vinculação aos precedentes, da forma como ocorre nos sistemas de *common law*, não decorre de previsão legal, mas sim da tradição e da preocupação histórica dos órgãos jurisdicionais em preservar a segurança jurídica e a estabilidade do sistema jurídico.

No Brasil, essa vinculação obrigatória aos precedentes judiciais terá previsão legal expressa, até mesmo por se estar diante de um sistema jurídico filiado à família da *civil law*. Essa previsão legal da vinculação aos precedentes judiciais está contida na Lei nº 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil brasileiro - NCPC.

Antes de analisar a vinculação aos precedentes judiciais prevista no Novo Código de Processo Civil, faz-se necessário analisar detalhadamente as preocupações do legislador que inspiraram essa inovação.

3.1 Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas¹⁰¹ instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Senado Federal, previu como desafios "resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça

¹⁰⁰ Nas palavras da Comissão: "Criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta." (BRASIL, 2010, p. 21).

¹⁰¹ A Comissão foi composta pelos juristas Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora) Adroaldo Furtado Fabrício Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

pronta e célere" (BRASIL, 2010, p. 7). Para enfrentar esses desafios, a Comissão de Juristas possuiu cinco objetivos principais:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010, p. 14).

A instituição de precedentes judiciais se enquadraria como um meio de aperfeiçoar o sistema processual, principalmente no que diz respeito à preocupação de imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão¹⁰², bem como estabelecer uma sintonia entre o processo e a Constituição Federal.

Uma política de precedentes, se utilizada com critério, traz algo que no Brasil faz muita falta, que seria um grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais, através da uniformização da jurisprudência, contribuindo para a segurança jurídica, bem como favorecendo a igualdade entre os jurisdicionados.

Esses dois fatores influenciam diretamente outras questões, como a redução do número de processos (já que se o jurisdicionado terá uma noção de suas chances de vencer ou perder, ele não ingressará com ações judiciais nas quais suas chances de perder são consideráveis), a uniformização da jurisprudência, (que fortalece o Poder Judiciário como instituição, e aumenta sua credibilidade perante a sociedade), e a duração razoável do processo (tendo em vista que se houver precedente aplicável ao caso, o magistrado poderá julgar com maior agilidade). Essas foram preocupações da Comissão ao elaborar o Anteprojeto.

Outra preocupação da Comissão, a qual não pode-se olvidar, foi a simplificação do sistema recursal, com a criação e aperfeiçoamento de demandas repetitivas (incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, bem como o aperfeiçoamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos (BRASIL, 2010, p. 16).

A maioria dessas preocupações geraram em torno da questão da insegurança jurídica no Brasil. Nas palavras da Comissão:

¹⁰² "A Comissão trabalhou sempre tendo como pano de fundo um objetivo genérico, que foi de imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema" (BRASIL, 2010, p. 30).

[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (BRASIL, 2010, p. 17)

Aqui inserem-se os precedentes judiciais, não como única solução ao problema, mas como instrumento que contribuirá para o aperfeiçoamento da segurança, estabilidade e coerência entre as decisões judiciais, tendo em vista a análise do contexto em que se encontra o Brasil.

Uma política de precedentes contribui para que os tribunais superiores cumpram sua finalidade, que é uniformizar e manter a coerência entre as decisões judiciais, proporcionando segurança e igualdade aos jurisdicionados¹⁰³. Afinal, "a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito"¹⁰⁴ (BRASIL, 2010, p. 17).

Nota-se que houve uma imensa preocupação da Comissão com a estabilidade das relações sociais, ao afirmar que:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta (BRASIL, 2010, p. 19).

A Comissão enfrentou também a questão da leitura exagerada do princípio do livre convencimento dos magistrados no Brasil, que atualmente é o cerne da falta de coerência entre as decisões judiciais e, por corolário, a causa de insegurança aos jurisdicionados:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica

¹⁰³ "Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldemo ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema." (BRASIL, 2010, p. 17).

¹⁰⁴ "Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados 'como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos'" (BRASIL, 2010, p. 17 *apud* BENTHAM, p 161).

comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. (BRASIL, 2010, p. 19).

Ainda, a Comissão destacou a importância dos embargos de divergência para a uniformização da jurisprudência, considerando-o como instrumento necessário para o funcionamento de uma política de precedentes, tendo em vista que estes não possuem eficácia se a jurisprudência do tribunal for divergente¹⁰⁵.

Os juristas da Comissão destacaram diversos problemas, como a morosidade do processo, a falta de uniformização de jurisprudência, o número excessivo de recursos, o desafio do excesso de trabalho do Judiciário, etc., demonstrando uma preocupação maior com o direito, deixando de lado as formalidades desnecessárias, objetivando simplificar o sistema processual.

Importou-se o sistema de precedentes, da *common law*, e o instituto de Resolução de Demandas Repetitivas¹⁰⁶, do direito alemão, com a intenção de garantir segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados, bem como resolver os problemas acima aludidos, como a morosidade do processo, a falta de uniformização de jurisprudência, etc.

Essas preocupações da Comissão na elaboração do Anteprojeto são importantes para o presente trabalho, porque mesmo que abordadas resumidamente, demonstram o que será encontrado no Novo Código de Processo Civil, principalmente no tocante à vinculação aos precedentes judiciais.

3.2 A mudança no papel das Cortes diante do novo sistema recursal

Nos sistemas jurídicos influenciados pela *civil law*, as decisões judiciais estão, de uma forma geral, voltadas para a solução do caso concreto de forma isolada, sem se preocupar

¹⁰⁵ Nas palavras da Comissão: "As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. [...] Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores" (BRASIL, 2010, p. 22).

¹⁰⁶ Nas palavras da Comissão: "Criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta." (BRASIL, 2010, p. 21).

com os casos futuros semelhantes. Esse modelo de julgamento se mostrou inadequado ao longo do tempo, tendo em vista que, a partir do impacto do constitucionalismo, a interpretação judicial de uma questão se tornou muito abrangente, possibilitando uma variação muito grande entre os resultados de demandas aparentemente idênticas, levando à uma situação de injustiça entre os jurisdicionados e por corolário, violando a igualdade e a segurança jurídica, que são valores supremos de qualquer Estado Democrático de Direito¹⁰⁷.

Sobre essa nova perspectiva, Marinoni (2015, p. 18) explica que:

No momento em que se tem em conta que o Judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, há que se dar à Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico. Dessa função decorre, naturalmente, a necessidade de o direito proclamado pela Corte Suprema adquirir estabilidade, projetando-se sobre a sociedade e sobre a solução dos casos conflitivos.

Desse modo, tentou-se, no sistema brasileiro, instituir o Superior Tribunal de Justiça como uma corte de precedentes judiciais, com o objetivo de uniformizar as interpretações sobre a legislação infraconstitucional. Entretanto, a tentativa não foi eficaz, tendo em vista que até os dias atuais a aludida Corte não conseguiu uniformizar seus próprios entendimentos. Essa situação está relacionada à questão cultural do judiciário brasileiro, que faz prevalecer o livre convencimento exagerado em desfavor da igualdade e segurança jurídica.

Contudo, a partir da vigência do NCPC, que demonstrou uma preocupação muito grande do legislador com os problemas acima mencionados, estar-se-á diante de um novo modelo de julgamento e isso influenciará diretamente as funções da Corte Suprema e das demais Cortes Superiores (STJ, TSE, STM, TST).

O ápice do Judiciário terá que pensar em seus julgamentos de modo a orientar os casos futuros, e não somente na resolução daquele caso concreto de forma isolada. Nesse sentido, explica Marinoni (2015, p. 13) que, "quando se tem claro que as Cortes Supremas

¹⁰⁷ Nas palavras de Marinoni (2015, p. 17): "As Cortes Supremas, na generalidade dos sistemas de *civil law*, foram concebidas para corrigir - seja mediante cassação ou revisão - a interpretação da lei. Se a lei é suficiente para regular a vida social e os juízes se submetem apenas a ela, basta que a Corte Suprema corrija as decisões que mal a aplica. Quando, porém, especialmente em virtude do impacto do constitucionalismo, percebe-se que a compreensão judicial outorga sentido ao texto legal, passa a ser necessário pensar na definição da interpretação adequada e na sua estabilidade".

decidem para definir a norma que deriva da lei, torna-se indiscutível que a decisão interpretativa é algo produzido pelo Judiciário e, apenas por isso, tem que orientar os casos futuros".

Portanto, diante dessa nova perspectiva, a legislação processual civil exigirá uma reformulação no modelo de julgamento adotado pelos magistrados das Cortes Superiores, estes deverão analisar o caso *sub judice* sob uma nova ótica, não somente voltada para a resolução isolada daquela questão, mas diante da repercussão dela diante do julgamento de casos futuros semelhantes¹⁰⁸.

Tendo em vista o excesso de recursos que se encontram para análise nas Cortes brasileiras, em um primeiro momento, essa alteração no modelo de julgamento aumentará o volume de serviço, pois exigirá uma análise mais detalhada do caso, mas ao definir um princípio jurídico a partir de uma determinada interpretação, se tornará mais fácil o julgamento dos recursos futuros que versem sobre questões semelhantes.

Significa dizer que quem faz "bem feito" precisa fazer uma única vez¹⁰⁹. Ao analisar detalhadamente um caso e definir o princípio jurídico aplicável, a Corte não precisará mais debater sobre o que já ficou definido anteriormente, necessitando somente verificar a aplicabilidade da *ratio decidendi* do caso precedente diante dos fatos do caso futuro, e elaborar a devida fundamentação, justificando essa aplicabilidade.

Marinoni (2015, p. 14), analisando esse novo modelo de julgamento nas Cortes Supremas, diferencia precedente e decisão do recurso:

A Corte atribui sentido ao direito quando apresenta as razões que elucidam o fundamento que determina o alcance do resultado. Por esse motivo, surge um grave problema quando se percebe que os votos dos membros do colegiado sempre tiveram como objeto o resultado do julgamento ou o (im)provimento do recurso e nunca a validade do fundamento que o determina. Esse problema, que faz ver a distinção entre precedente e decisão do recurso, aponta para a necessidade do julgamento colegiado ser conformado em direção a uma nova realidade.

¹⁰⁸ Nas palavras de Marinoni (2015, p. 28): "Espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro".

¹⁰⁹ É claro que essa afirmação deve ser interpretada com cautela, tendo em vista que a Corte pode alterar seu julgamento, por meio do *overruling*, desde que tenha motivos suficientes para isso e o faça de forma fundamentada.

Essa nova realidade, mencionada pelo aludido autor, precisará de uma adaptação dos magistrados, no sentido de compreender o que significa adotar um modelo de julgamento com base em precedentes, e entender a importância do seu papel diante desse novo modelo.

3.2.1 A 1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil do TRT da 18ª Região

Aparentemente, esse novo modelo de julgamento não está sendo bem visto pelo Judiciário. Apenas a título de exemplo, diante da novidade do tema abordado, o TRT da 18ª Região realizou a "1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil"¹¹⁰. Neste evento, ficaram definidos 15 (quinze) enunciados, dentre eles, dois se destacam pela pertinência com o presente trabalho:

Enunciado 12: DISCIPLINA DA FUNDAMENTAÇÃO. CPC, ART. 489, § 1º E CF, ART. 93, IX. DEVER CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: CLARA, PRECISA E ESPECÍFICA. A premissa maior do Código de Processo Civil repousa em observar a Constituição, de modo que uma lei infraconstitucional não tem o poder de alterar o significado das normas constitucionais, por uma questão de hierarquia. O dever de fundamentar é constitucional (art. 93, IX) e o STF já decidiu que não há necessidade de rebater, de forma pormenorizada, todas as alegações e provas. A fundamentação, que pode ser concisa, será suficiente quando for clara - acerca da análise do direito, específica - quanto ao caso proposto, e precisa - quando indicar com exatidão a adequação dos fatos ao direito.

Enunciado 13: AINDA QUE SE REPUTE POR CONSTITUCIONAL, REVELA-SE MANIFESTAMENTE INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO O DISPOSITIVO DO NOVO CPC QUE EXIGE FUNDAMENTAÇÃO SENTENCIAL EXAURIENTE, COM O ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO PELAS PARTES. O inciso IV, do § 1º, do artigo 489, do Novo CPC, ao exigir fundamentação sentencial exauriente, é inaplicável ao processo trabalhista, seja pela inexistência de omissão normativa, diante do caput do artigo 832, da CLT, seja pela flagrante incompatibilidade com os princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do processo laboral, sendo-lhe bastante, portanto, a clássica fundamentação sentencial suficiente.

O primeiro enunciado, já reputa inconstitucional a exigência de fundamentação do Novo Código de Processo Civil, mesmo antes de sua vigência. Ocorre que, infelizmente, os argumentos lançados no enunciado não convencem, isso porque o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 489, não afronta a Constituição, muito pelo contrário, amplia o direito

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/02/enunciados-aprovados-1-jornada-ncpc.pdf>. Acesso em: 02/08/2015.

fundamental (e, por corolário, constitucional) do jurisdicionado de se ver atingido por uma decisão fundamentada de forma mais clara e coerente. O art. 489, §1º, da nova legislação processual civil apenas estabelece critérios objetivos para se definir o que é e o que não é "decisão fundamentada".

A preocupação do TRT da 18ª Região é tão grande em afastar esse dispositivo, que este lançou ainda um segundo enunciado, justificando que, caso o art. 489 seja considerado constitucional, este não se aplica ao TRT da 18ª Região, tendo em vista as peculiaridades da Justiça do Trabalho (celeridade e simplicidade). A posição da mencionada Corte é preocupante, pois demonstra o descaso de seus membros enquanto partes integrantes de uma única instituição, que deve ter entendimentos únicos sobre as matérias apreciadas.

Para aqueles que são a favor de um sistema de precedentes, como possível solução para o problema da falta de uniformização da jurisprudência, problema este que foi reconhecido e enfrentado pela Comissão de Juristas que elaborou o Novo Código, observar um posicionamento destes vindo de um Tribunal é como visualizar que estamos dando "um passo para frente, e dois para trás". Significa que a mencionada Corte não se visualiza enquanto membro de uma Instituição. Nas palavras de Marinoni (2014, p. 72):

No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer - como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais - e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compromisso institucional.

A explicação do mencionado autor define bem a posição do TRT da 18ª Região, que visando afastar a exigência de fundamentação exauriente prevista no NCPC, interpreta a Constituição da forma que quer, a utilizando como "válvula de escape para liberação de seus valores e desejos pessoais".

Apenas o futuro dirá como irá ocorrer a adaptação do Judiciário diante do NCPC. Enquanto isso, apesar dos debates jurídicos acerca do assunto e a resistência do Judiciário frente às mudanças, uma única questão é fácil de ser definida, estamos diante de um sério problema, que é a falta de uniformização da jurisprudência, de modo que a igualdade e segurança ficam comprometidas, e quem mais perde com isso é a sociedade.

3.2.2 A formação dos precedentes nas Cortes e as decisões plurais

Nos Estados Unidos da América, a questão das decisões majoritárias que contêm fundamentos minoritários tem sido objeto de importante reflexão doutrinária (MARINONI, 2015, p. 14). Essa preocupação decorre da ideia de que, embora as Cortes Supremas não tenham mais a tarefa exclusiva de corrigir decisões, podem resolver os casos sem ter que, necessariamente, elaborar precedentes.

No Brasil, como pretende-se desenvolver o direito mediante precedentes judiciais, seria coerente seguir o modelo norte-americano. Sobre o modelo estadunidense, Marinoni (2015, p. 14) explica que:

Numa Corte cuja função é elaborar precedentes, causa espanto decisões proferidas por uma maioria que compartilha de dois ou mais fundamentos sustentados por minorias - ditas decisões plurais. Nesses casos, afirma-se que não há precedente se a Suprema Corte profere uma decisão em que um fundamento é subscrito por três e outro por dois *Justices*, na medida em, embora o resultado tenha sido declarado por cinco a quatro, os fundamentos foram negados por seis a três e sete a dois.

As decisões plurais seriam, portanto, aquelas em que embora a Corte tenha resolvido a questão sob julgamento, existam dois ou mais fundamentos sustentados por minorias. Nas palavras de Marinoni (2014, p. 14), "é importante observar que a *ratio decidendi* ou o valor precedental da decisão depende de maioria em relação ao fundamento".

O grande desafio é separar a análise dos fundamentos (*ratio decidendi*) e do resultado (provimento ou improvimento) do recurso. No Brasil, entende-se que cada Corte deve elaborar critérios objetivos para definir o que são seus próprios precedentes, isso significa dizer que seria coerente que a Corte definisse o *quorum* necessário para que aquela *ratio decidendi* oriente os casos futuros, tendo em vista que algumas decisões, embora resolvam a questão *sub judice*, não tenham a aptidão para se transformar em precedente judicial, em razão de possuir maioria somente com relação ao resultado, e não em relação ao fundamento.

Quando se está diante de um modelo de julgamento no qual o resultado da decisão judicial interessa somente às partes, pouca importância tem a unanimidade dos fundamentos, bastando apenas o interesse sobre o resultado da demanda. Por outro lado, quando se pretende desenvolver o direito por meio de precedentes, através de um modelo de julgamento voltado para os casos futuros, deve ser conferida a devida importância aos fundamentos dos votos, e não somente o resultado. É o que explica Marinoni (2015, p. 28):

Quando a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a solução do caso e a interpretação adequada, não apenas se torna relevante debater estas razões, mas igualmente perceber que o entendimento que pode levar a uma solução favorável por maioria pode ser incapaz de propiciar a elaboração de um precedente. Ou seja, é possível que, num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso só se torna problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente.

Por essa razão, a formação dos precedentes judiciais nas Cortes, por meio de julgamentos colegiados, exigirá uma nova postura dos magistrados e dos operadores do Direito em geral, que terão que direcionar sua atenção não mais para o resultado do recurso, mas sim para seus fundamentos, quando o estiverem invocando para sustentar sua tese.

Na verdade, essa mudança de comportamento se resume na seguinte frase: os operadores do Direito terão que invocar os *fundamentos (ratio decidendi)* dos julgamentos dos recursos (precedentes), e não somente o seu resultado, como estão acostumados atualmente.

Entretanto, para que isso funcione, os magistrados terão que se preocupar também em aclarar os fundamentos daquele julgamento, e demonstrar, inclusive, os fundamentos do voto vencido. Ao invocar um precedente, não mais se verificará o "placar" do resultado do recurso, mas sim o "placar" dos fundamentos.

Nas palavras de Marinoni (2015, p. 29):

A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas na *rationes decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia. O dissenso, portanto, constitui o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das Cortes de Apelação. Tudo isso quer dizer que a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes.

O mencionado autor resume essa alteração no modelo de julgamento. As Cortes deixarão de ser "Cortes de Correção", para assumirem o papel de "Cortes de Precedentes", e o NCPC só produzirá efeitos positivos no tocante à aplicação de precedentes judiciais se as Cortes se visualizarem nessa nova sistemática.

Outro aspecto interessante sobre a formação dos precedentes nas Cortes, é o que está previsto no art. 927, §2º, do NCPC, que dispõe sobre a possibilidade de intervenção de *amici curiae* em recursos repetitivos, no sentido de aprofundar o debate sobre as questões apreciadas na elaboração do precedente. O *amici curiae* não tem interesse nenhum no resultado daquela demanda específica, o interesse dele é voltado para o que ficará definido nos casos futuros.

Marinoni (2015, p. 26), explicando a situação do *amici curiae*, afirma que:

O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. Nesse sentido, admite-se a intervenção de *amici curiae* no recurso repetitivo, os quais são terceiros interessados na formulação do precedente - e não, certamente, na simples resolução do litígio. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte.

Portanto, com a instituição do NCPC estar-se-á diante de um novo modelo de julgamento das Cortes mais altas do Judiciário brasileiro, que deverá adotar a postura correta diante de um direito que pretende ser construído e desenvolvido a partir de precedentes judiciais.

3.2.3 O problema da "pseudocolegialidade"

Sobre a mudança no papel das Cortes no julgamento dos recursos, também se faz necessário analisar o fenômeno da "pseudocolegialidade". Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 82) explicam que:

Tal fenômeno, que vem sendo justificado pela quantidade de processos nos tribunais, ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial "de acordo", que pode muitas vezes significar "não olhei, mas acho que concordo com o relator".

Esse tipo de postura dos magistrados nos julgamentos colegiados, embora seja preocupante em qualquer Estado Democrático de Direito, se torna mais preocupante ainda diante de uma Corte que estará prestes a se tornar uma "Corte de Precedentes". Os mencionados autores, continuando a explicação, afirmam que:

E esse “de acordo” cai por terra quando se vislumbra, numa breve pesquisa das decisões anteriores daqueles “juízes concordantes”, que, em casos anteriores, como relatores, julgaram em sentido diametralmente contrário.

Esse é um dos principais problemas do Judiciário brasileiro, que em razão do excesso de serviço, não consegue prezar pela qualidade dos julgados. Se um magistrado de uma Corte não mantém a coerência entre seus próprios posicionamentos, como a Corte irá conseguir uniformizar seu entendimento? Diante de um Novo Código que pretende alterar o modelo de julgamento das Cortes, transformando-as em Cortes de Precedentes, a "pseucoleialidade" deverá deixar de existir.

Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 82) explicam que:

Se a discussão, em outros sistemas, seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir, até mesmo, se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distinga.

Portanto, para que o sistema de precedentes previsto no NCPC funcione de forma eficaz e coerente, as Cortes precisarão compreender o seu papel diante dessa nova perspectiva e compreender que, embora haja um aumento na carga de serviço, em um primeiro momento, isso refletirá, à longo ou médio prazo, no aumento da segurança jurídica e igualdade entre os jurisdicionados, o que contribuirá, por corolário, no aumento da credibilidade do Judiciário perante toda a sociedade e no fortalecimento deste órgão enquanto Instituição.

3.3 A definição de precedente no NCPC

A expressão "precedente", em tese, representa o precedente da *common law*, e está relacionada à teoria dos precedentes judiciais e *stare decisis*. Contudo, o Novo Código não define claramente o que significa a expressão "precedente".

Aparentemente, o NCPC utiliza a expressão "precedentes" em sentido amplo, representando decisões anteriores (critério temporal da definição de precedente judicial). É o que se verifica da leitura dos seus dispositivos que mencionam a expressão "precedente"¹¹¹. Contudo, de acordo com o art. 489, §1º, inciso VI, observa-se também que o NCPC estabelece um determinado grau de autoridade a todos os precedentes judiciais.

O art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC, estabelece que considera-se não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Da leitura do mencionado artigo, verifica-se que todos os precedentes judiciais terão autoridade vinculante.

Entretanto, quais decisões judiciais estariam aptas a adquirir a qualidade de precedente judicial? Entende-se que todas as decisões judiciais com autoridade vinculante, inclusive as de 1º grau, estariam aptas a serem consideradas precedente judicial.

Na verdade, um precedente judicial de 1º grau teria autoridade somente perante o juiz que proferiu a decisão. Esse raciocínio decorre da ideia de que também é obrigação dos juízes de 1º grau manter a estabilidade e coerência entre suas próprias decisões, até mesmo porque o legislador preocupou-se muito com a estabilidade e coerência das decisões judiciais na elaboração das novas regras processuais civis¹¹². Embora não haja previsão expressa do NCPC nesse sentido.

O art. 926, do NCPC, dispõe que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Embora o dispositivo não estabeleça expressamente essa obrigação aos juízes de primeiro grau, entende-se que é possível se inferir da leitura do

¹¹¹ Art. 489, § 1º, incisos V e VI; Art. 926, § 2º; Art. 927, § 5º; Art. 988, inciso IV. Art. 1042, §1º, inciso II.

¹¹² Conforme afirma a Comissão, na elaboração do Anteprojeto do NCPC: "O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. [...]Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma".

dispositivo que essa previsão está implícita, embora não seja adequado falar em formação de jurisprudência em 1º grau de jurisdição¹¹³.

Se o legislador pretendeu impor a coerência, integridade e estabilidade entre as decisões judiciais, por óbvio que os magistrados de 1º grau também deveriam seguir esse entendimento, e considerar a autoridade vinculante de seus próprios precedentes judiciais¹¹⁴.

Da mesma forma, os precedentes judiciais dos Tribunais dos Estados e Tribunais Regionais deverão irradiar sua autoridade vinculante perante o respectivo tribunal que proferiu a decisão, e também para todos os órgãos jurisdicionais inferiores, nos quais o respectivo tribunal funciona como órgão revisor.

Portanto, precedente judicial é toda decisão judicial com autoridade vinculante. Esse grau de autoridade (força) vinculante do precedente judicial variará de acordo com o nível hierárquico do órgão jurisdicional que proferiu a decisão, de modo que os precedentes dos tribunais superiores vincularão o tribunal que proferiu a decisão (autoridade horizontal) e os tribunais inferiores (autoridade vertical)¹¹⁵.

Entretanto, de acordo com a definição proposta, como ficariam os precedentes já superados pelo órgão que os criou, ou mesmo pelos órgãos superiores? Mesmo sem autoridade vinculante, estes ainda seriam considerados precedentes judiciais?

Entende-se que não. Precedente judicial é a decisão com autoridade vinculante, uma vez removida esta autoridade, tendo em vista a superação da *ratio*, a decisão deixa de ser considerada um precedente judicial.

Desse modo, propõe-se a seguinte definição de precedente judicial, de acordo com o NCPC, qualificando-o como todas as decisões com autoridade vinculante para os casos futuros a serem julgados.

¹¹³ É importante mencionar que não se fala em formação de jurisprudência em 1º grau de jurisdição. Conforme explica Mancuso (2013, p. 48): "Nesse sentido, abstraindo-se das decisões prolatadas pelos órgãos monocráticos de 1.º grau (dado que as sentenças, a rigor, não formam 'jurisprudência'), há que se reservar esse termo para significar, basicamente, uma sucessão de acórdãos consonantes, sobre um mesmo tema, prolatados em modo reiterado e constante, por órgão jurisdicional colegiado, num mesmo foro ou numa dada Justiça".

¹¹⁴ Os precedentes judiciais vinculariam o juiz ou do juízo? Essa é outra questão problemática a ser enfrentada. Entende-se que apenas os precedentes do juiz o vinculariam, isto porque caso assim não fosse, estaria sendo o violada a autonomia dos juízes posteriores que eventualmente assumam aquele juízo.

¹¹⁵ Se fala em autoridade vertical e horizontal seguindo os conceitos de *stare decisis* vertical e horizontal.

3.4 Precedente, súmula e jurisprudência?

Conforme já mencionado, o art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC estabelece que considera-se não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Entretanto, a redação do NCPC equiparou institutos completamente diferentes uns dos outros, e conferiu, de certo modo, eficácia vinculante a todos estes, sem deixar claro qual deles deve prevalecer.

Além disso, outro raciocínio deve ser feito: um precedente não estaria inserido na jurisprudência? A jurisprudência é formada por um conjunto de decisões, enquanto o precedente é um único caso, que pode estar inserido neste conjunto?

Desse modo, a redação do NCPC foi feita de forma imprecisa, não seria necessário incluir as súmulas e a jurisprudência como institutos vinculantes, até mesmo porque somente o precedente é capaz de garantir o desenvolvimento do direito por meio das interpretações definidas nas decisões judiciais.

Este também é o entendimento de Marinoni (2015, p. 25), ao afirmar que "somente os precedentes são capazes, em vista dos seus contextos fáticos e do delineamento de suas respectivas *rationes decidendi*, de garantir a unidade do direito sem inviabilizar o seu desenvolvimento a partir de casos distintos".

Isto porque naquele conjunto de acórdãos que compõem a jurisprudência, muitas vezes só se observa o resultado do recurso, e não seus fundamentos, muito menos as circunstâncias fáticas. Muitas vezes é dado provimento ao recurso, com uma votação de três a dois, mas só haverá eficácia vinculante se os três votos vencedores tiverem escolhido de forma unânime, ao mínimo, um fundamento. Somente assim é possível individuar a *ratio decidendi* e definir seus efeitos vinculantes para os casos futuros.

A situação é complexa de ser enfrentada, principalmente diante de todos os problemas culturais apresentados no segundo capítulo deste trabalho. O principal deles é o uso inadequado da jurisprudência, de modo que os operadores do Direito, sejam eles juízes, advogados, promotores, etc., não vislumbram as circunstâncias fáticas do caso paradigma e do seu caso atual, verificando apenas as ementas, que contêm apenas o resumo da decisão.

Ocorre que, sem verificar as circunstâncias fáticas, não há como verificar a aplicabilidade do precedente (caso paradigma) ao caso atual, porque a principal justificativa da eficácia vinculante dos precedentes é a garantia de tratamento igual para cidadãos em

situações semelhantes. Desse modo, ao invocar a jurisprudência sem a análise minuciosa dos fatos, o operador do Direito corre o risco de estar invocando jurisprudência totalmente inaplicável ao seu caso atual.

Até mesmo não raras vezes observa-se os Tribunais invocando a jurisprudência (e utilizando a expressão "conforme precedentes") para justificar suas teses com fatos totalmente divergentes entre si. Essa postura dos Tribunais, muitas vezes representa a utilização do direito jurisprudencial apenas como reforço argumentativo, para facilitar a fundamentação, ocorre que para isso seja feito de forma adequada, se faz necessário justificar o porque que os fundamentos do caso paradigma se aplicam ao caso atual.

No Brasil, a falta de controle da divergência jurisprudencial é algo notório no meio jurídico e social, podendo, inclusive, se afirmar, que os próprios magistrados não conseguem manter seus posicionamentos de forma coerente, situação que gera instabilidade imensurável à jurisprudência. Desse modo, ousa-se afirmar que houve um equívoco do legislador ao estabelecer autoridade vinculante à jurisprudência, além de desnecessária, a medida tornou a redação incoerente, e toda incoerência legislativa gera ainda mais confusão no meio jurídico e quem perde com isso, mais uma vez, é a sociedade.

Além disso, o art. 489, §1º, inciso VI, estabeleceu autoridade vinculante às súmulas, situação que também causa confusão. Isto porque as súmulas são apenas enunciados abstratos, não demonstram nem um pouco as circunstâncias fáticas dos julgamentos que a originaram e, desse modo, é impossível se pautar por uma técnica de aplicação de precedentes.

Nas palavras de Marinoni (2015, p. 23), "lamentável, ainda, é a insistência em relação às súmulas. Essas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito". E completa sua explicação:

Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas - uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law*, como o italiano, para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere.

Embora o art. 926, §1º e §2º estabelecerem que "os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante" e que "ao editar enunciados de

súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação", a situação ainda gerará muita confusão.

Isto porque, atualmente, há o enorme desafio em se estabelecer critérios para definir o que seria "jurisprudência dominante" e, além disso, apesar de o NCPC estabelecer que os tribunais devem se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação da súmula, o problema é o que faremos com as súmulas já editadas, nas quais muitas vezes todos os julgados que a originaram não guardam qualquer semelhança fática?

Conforme explica Marinoni (2015, p. 23), embora a previsão do NCPC no sentido de obrigar os tribunais a se aterem às circunstâncias fáticas na elaboração das súmulas, estas jamais poderiam ser concebidas como auxiliares do desenvolvimento do direito, e completa sua explicação:

Sucedem que uma súmula jamais terá condições de expressar com precisão e adequação as circunstâncias de fato pertinentes aos casos. Isso pela simples razão de que a súmula supõe, antes de tudo, casos que apontam para uma mesma solução de direito, que, como é óbvio, podem ter vários contextos fáticos. Aliás, caso se imagine uma súmula que diga respeito a contextos fáticos similares, simplesmente se confirma o óbvio: o que pode garantir a unidade do direito, a segurança jurídica e a igualdade é o precedente.

Portanto, desnecessário também foi a postura do legislador ao conferir eficácia vinculante às súmulas e, ainda, ousa-se afirmar que o legislador equivocou-se ao estabelecer que os tribunais elaborarão as súmulas a partir da "jurisprudência dominante", bem como conferir circunstâncias fáticas às súmulas dos "precedentes que motivaram sua criação"¹¹⁶. Isso demonstra ainda mais que a redação do NCPC utilizou com pouco critério a expressão "precedentes"¹¹⁷.

Na verdade, seria muito mais simples, coerente e eficaz se o NCPC tivesse estabelecido autoridade vinculante apenas ao precedente, e estabelecesse critérios objetivos para a formação deste nas Cortes, sejam elas Estaduais ou Federais.

Apesar disso, estar-se-á diante de um NCPC que, esteja bem redigido ou não, entrará em vigor no próximo ano, e será necessário se adaptar a ele, sempre visando o aperfeiçoamento do Direito e a efetivação da justiça.

¹¹⁶ Deve-se ter em vista que em sede de recurso especial e extraordinário a Corte não aprecia matérias de fato, o que demonstra ainda mais a incoerência de eficácia vinculante das súmulas.

¹¹⁷ Acredita-se que um precedente nunca se converterá em uma súmula, e vice-versa, são institutos jurídicos totalmente diversos. É impossível transformar um caso em um enunciado abstrato e prever de forma detalhada as circunstâncias fáticas daquele e, sem analisar as circunstâncias fáticas, não há como aplicar precedentes.

3.5 A autoridade dos precedentes judiciais no NCPC

Conforme já mencionado, o art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC estabelece que considera-se não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Desse modo, se a parte invocar um precedente, súmula, ou jurisprudência, o juiz estará sujeito à sua autoridade vinculante, e somente poderá afastar essa autoridade por meio das técnicas do *distinguishing* (distinguindo o precedente, súmula ou jurisprudência invocados do caso atual) ou *overruling* (demonstrando a superação ou modificação do entendimento). Caso não haja dessa forma, a decisão judicial proferida será reputada não fundamentada, e por corolário, será considerada nula, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal¹¹⁸.

O aludido artigo do NCPC não deixa claro como funcionará essa vinculação. O ideal seria que estivesse claro que os magistrados e tribunais estariam vinculados à seus próprios precedentes, bem como que as súmulas, jurisprudência e precedentes dos tribunais vinculariam os órgãos judiciários de hierarquia inferior e a eles subordinados.

Embora não haja previsão legal nesse sentido, entende-se que deva ocorrer dessa forma. Isto porque, por exemplo, não seria correto que os precedentes, súmulas e jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo vinculasse os magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná. A vinculação aos precedentes deve obedecer a estrutura piramidal judiciária, da mesma forma como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos, com o *stare decisis* vertical.

Portanto, defende-se que a autoridade (força) dos precedentes deve ser vertical, vinculando o Judiciário "de cima para baixo", bem como horizontal, vinculando o magistrado ou o tribunal que proferiu a decisão, editou a súmula ou é responsável pelo entendimento jurisprudencial.

¹¹⁸ Art. 93, inciso IX - "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação"

Isso não significa que o direito ficará "engessado", mas garantirá que o órgão jurisdicional não irá modificar seu entendimento de forma arbitrária, até mesmo porque a lei processual civil permite a modificação de entendimento, desde que haja uma fundamentação adequada. Porque o próprio art. 489, §1º, inciso VI, prevê a possibilidade de o magistrado afastar o precedente, súmula ou jurisprudência demonstrando a superação do entendimento.

Além disso, o NCPC também previu, em seu art. 927, que os juízes e tribunais deverão observar:

- 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.

Este artigo estabelece, de forma escalonada, que alguns entendimentos possuem maior autoridade vinculante com relação a outros. O magistrado deve observar o que está previsto no inciso I, caso não exista decisão com autoridade vinculante, ele buscará o que está previsto no inciso II, e assim por diante.

Por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade deverá ter maior autoridade do que os enunciados de súmula vinculante. Embora essas duas situações, tanto as decisões em controle concentrado, como a súmula vinculante, já tivessem autoridade vinculante perante todo o Judiciário, mesmo antes do NCPC.

No inciso III, pode-se observar que os acórdãos em incidente de assunção de competência, os acórdãos em resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, também terão autoridade vinculante. Estes serão melhor estudados em tópicos próprios.

O inciso IV estabelece a autoridade vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal, para matéria constitucional, e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, para matéria infraconstitucional.

Por último, o inciso V estabelece a autoridade vinculante da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os magistrados estiverem vinculados.

Criticando o artigo acima mencionado, Marinoni (2015, p. 21), afirma que "a norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade":

Diz, em primeiro lugar, que os juízes e tribunais observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de previsão que chega a ser absurda, na medida em que tais decisões produzem coisa julgada *erga omnes* e, apenas por isso, por ninguém podem ser questionadas. [...] Por outro lado, falar na observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos também diz pouca coisa. Note-se que a palavra 'acórdão' nada diz sobre a sua substância e, assim, sobre a porção da substância do acórdão que realmente pode obrigar os juízes e tribunais. Essa porção não pode ser o resultado do julgamento ou a decisão propriamente dita. Só pode ser a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante do alcance do julgado.

Além disso, nas palavras de Marinoni (2015, p. 21), "é evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário".

Ainda, o § 1º, do art. 927, do NCPC, estabelece que "os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo".

O art. 10 do NCPC estabelece que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Isto porque com uma política de precedentes judiciais, todas as partes devem ter a oportunidade de se manifestarem, no sentido de terem a possibilidade de sustentar a distinção (*distinguishing*) ou superação/modificação do entendimento (*overruling*), antes de o magistrado decidir sobre a questão, ainda que seja matéria de ordem pública.

Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 83) explicam que "o contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão":

Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); até mesmo com evidente prejuízo para a aplicação futura em potenciais casos idênticos.

Por outro lado, o art. 489, §1º, já mencionado em momento anterior, estabelece situações nas quais não se considera fundamentada a decisão judicial, seja ela sentença, acórdão ou decisão interlocutória. Este dispositivo também será melhor analisado em tópico próprio. Entretanto, no tocante a autoridade dos precedentes judiciais, deve-se ter em vista o que diz o art. 489, §1º, inciso V.

O art. 489, §1º, inciso V, do NCPC, estabelece que não se considerará fundamentada a decisão se o magistrado se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Essa previsão é a que estabelece o critério de aplicação de precedentes, semelhante ao que ocorre na *common law*.

Sobre o assunto, Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 84) explicam que: "os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais".

Com relação ao art. 489, §1º, inciso V, do NCPC, pode-se substituir a expressão "fundamentos determinantes" por *ratio decidendi*, estes fundamentos determinantes estarão contidos na fundamentação do caso precedente e serão o núcleo da decisão judicial, será a parte do precedente que irá vincular os casos futuros, por essa razão, na aplicação do precedente, o magistrado deverá identificar os fundamentos determinantes do caso precedente e demonstrar que o caso atual sob julgamento se ajusta a estes fundamentos. Se trata da conformação da *ratio decidendi* entre o precedente e o caso atual, da forma como ocorre na *common law*¹¹⁹.

Desse modo, o NCPC tenta modificar a forma como se opera o Direito no sistema brasileiro, principalmente no tocante aos magistrados, que além de manusear a lei, também

¹¹⁹ Neste ponto surge um problema a ser enfrentado. As súmulas são apenas enunciados que externam o entendimento predominante de um tribunal, não existe uma preocupação com a demonstração dos fatos na súmula, por essa razão considera-se que será muito difícil encontrar os "fundamentos determinantes" nos enunciados sumulares. O legislador reconheceu essa dificuldade, ao editar o art. 926, §2º, que estabelece que "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação". O problema será encontrado nas súmulas já editadas.¹²⁰ Este instituto já estava previsto no antigo Código de Processo Civil, em seu art. 555, §1º: "Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

terão que se adaptar para o manuseio de precedentes judiciais, entendimentos sumulados e jurisprudenciais, com autoridade vinculante.

É claro que a vinculação aos precedentes trará benefícios ao sistema brasileiro, como a uniformização da jurisprudência, coerência e estabilidade entre as decisões judiciais, promoção da segurança jurídica e favorecimento da igualdade entre os jurisdicionados, bem como o almejado grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais, e em longo prazo pode até contribuir para a redução do número de processos, tendo em vista que muitas vezes o grau mínimo de previsibilidade das decisões poderá evitar o litígio.

Contudo, na prática não se sabe se a vinculação aos precedentes irá aumentar a dificuldade em decidir e, por corolário, aumentar a morosidade processual, em um primeiro momento. Isto porque o Judiciário já se encontra abarrotado de processos e a cada momento esse número aumenta. A questão não é fácil de ser enfrentada, seria pretensioso prever o futuro, por isso limita-se a pesquisa a tentar compreender as intenções do legislador ao prever a vinculação aos precedentes judiciais.

Conforme já estudado, o art. 927, do NCPC, estabeleceu em seus incisos, maior autoridade para as decisões do STF em controle concentrado, em seguida, maior autoridade para as súmulas vinculantes, e em terceiro lugar, autoridade vinculante aos acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Significa que depois das decisões do STF em controle concentrado e das súmulas vinculantes, estas espécies de acórdãos são os que mais possuem autoridade vinculante em nosso sistema. Por essa razão, serão estudados de forma detalhada nos próximos tópicos.

3.5.1. Incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência está previsto no art. 947 e parágrafos, do NCPC. O *caput* do mencionado artigo estabelece ser "admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos".

O §1º do mencionado artigo estabelece o procedimento do incidente de assunção de competência, ao dispor que "ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria

Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar".

A finalidade do incidente de assunção de competência é prevenir ou compor a divergência entre as turmas ou câmaras do mesmo Tribunal, quando ocorrer relevante questão de direito (art. 947, §4º, do NCPC).

O incidente de assunção de competência é mais um instrumento, que já existia no antigo Código¹²⁰, mas que foi mantido e aperfeiçoado à partir do NCPC, no sentido de fornecer aos Tribunais a possibilidade de uniformizar sua própria jurisprudência.

Conforme a explicação de Tesheiner (p. 12, 1990): "Se todos são iguais perante a lei (Constituição, art. 5º), não se concebe que o Tribunal trate uns diferentemente dos outros, em identidade de circunstâncias".

Essa é a principal preocupação quando se fala em incidente de assunção de competência. Com o NCPC, a decisão em incidente de assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários (art. 947, §3º, do NCPC), desse modo, essa decisão estará apta a ser considerada um precedente judicial com autoridade vinculante, nos termos do art. 927, inciso III, do NCPC.

Portanto, tendo em vista o que já foi mencionado sobre a autoridade dos precedentes, o acórdão em incidente de assunção de competência terá autoridade vinculante perante o Tribunal que fixou o entendimento (eficácia horizontal), bem como para os magistrados vinculados ao respectivo tribunal (eficácia vertical).

Nos termos do art. 927, do NCPC, não havendo decisão do STF em controle concentrado, nem súmula vinculante, em terceiro lugar deverá prevalecer o entendimento fixado no incidente de assunção de competência.

Ainda, a decisão judicial que deixa de se manifestar sobre tese firmada em incidente de assunção de competência é considerada omissa, para os fins de interposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1022, inciso I.

3.5.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas

¹²⁰ Este instituto já estava previsto no antigo Código de Processo Civil, em seu art. 555, §1º: "Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

Conforme já mencionado no momento da análise do Anteprojeto do NCPC, uma das principais preocupações da Comissão elaboradora foi a falta de uniformização de jurisprudência no Brasil. Desse modo, inspirados no direito alemão, os juristas trouxeram para o NCPC a Resolução de Demandas Repetitivas, inovando com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e aperfeiçoando os recursos especial e extraordinário repetitivos.

O incidente de resolução de demandas repetitivas insere-se como importante ferramenta de uniformização da jurisprudência, tendo em vista que a autoridade vinculante da tese fixada em seu julgamento pode ter abrangência estadual, regional ou até mesmo nacional, dependendo da competência territorial do tribunal¹²¹.

O NCPC, em seu art. 976, prevê dois requisitos, que devem estar presentes simultaneamente, para que seja cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas: "I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica".

Desse modo, estando presentes os dois requisitos acima mencionados, o juiz, de ofício, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição, podem pedir a instauração do incidente ao presidente do Tribunal (art. 977, do NCPC).

Ainda, destaca-se o interesse público na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, tendo em vista que se o Ministério Público não for o requerente, deverá intervir obrigatoriamente, bem como assumir a titularidade do incidente em caso de desistência ou de abandono (art. 976, §2º, do NCPC).

Tendo em vista a finalidade do incidente, que é a uniformização de jurisprudência, o art. 977, §4º, do NCPC, estabelece ser "incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva". Isto porque deve prevalecer o entendimento dos tribunais superiores.

Sobre a questão da aplicação de precedentes judiciais no Brasil, importante mencionar o art. 979, do NCPC, que estabelece que "a instauração e o julgamento do

¹²¹ "Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986".

incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça". E em seu §2º, prevê que "para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados".

Assim, no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, os julgadores deverão deixar claro, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) e os dispositivos normativos a ela relacionados. Essa previsão é uma consequência lógica de uma política de precedentes e demonstra a preocupação do legislador nesse sentido.

Se a tese fixada no incidente irá vincular os órgãos jurisdicionais, e essa vinculação poderá ser regional ou nacional, dependendo da abrangência territorial do tribunal, é importante que seja demonstrada a *ratio decidendi*, que é a parte da decisão que irá vincular, bem como haja ampla divulgação desta. Essa divulgação será obrigação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, nos termos do artigo acima mencionado, até mesmo por esta função se enquadrar em diversas diretrizes do CNJ.

Outra questão interessante, que visa a segurança jurídica, é a prevista no art. 982, inciso I, que estabelece que o relator, ao admitir o incidente, "suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso". Ainda, o incidente deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os casos que envolvam réu preso e de *habeas corpus* (art. 980, do NCPC).

Por outro lado, se após um ano o incidente não for julgado, cessará a suspensão dos processos pendentes, exceto se houver decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980, parágrafo único). Isto serve para que o incidente não "pare" o Judiciário, caso o incidente não for julgado no prazo de um ano, as demandas repetitivas não ficarão mais suspensas esperando a decisão do incidente, exceto se houver motivo plausível em sentido contrário, que deverá ser exposto pelo relator em decisão fundamentada.

A revisão da tese jurídica fixada no julgamento do incidente poderá ser feita pelo respectivo tribunal, de ofício, ou a pedido das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986, do NCPC).

É importante mencionar o art. 987, do NCPC, que estabelece:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Desse modo, do julgamento do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. O recurso terá efeito suspensivo, por expressa previsão legal, bem como será presumida a repercussão geral. A *ratio decidendi* fixada pelo STJ ou STF para resolver a questão de direito terá autoridade vinculante perante todos os processos semelhantes, sejam eles preexistentes ou futuros.

Ainda, da mesma forma como ocorre com o incidente de assunção de competência, a decisão judicial que deixa de se manifestar sobre tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas é considerada omissa, para os fins de interposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1022, inciso I.

A preocupação do legislador com a estabilidade do sistema e com a segurança jurídica foram tão grandes, que o art. 927, §3º, do NCPC, estabelece a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração do entendimento em julgamento de casos repetitivos, com base no interesse social e na segurança jurídica.

Por fim, é importante esclarecer que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é o objeto principal da presente pesquisa, em virtude disso ela está sendo analisada tão superficialmente, apenas com o destaque dos dispositivos legais pertinentes.

3.5.3 Recurso especial e extraordinário repetitivos

A decisão em recursos especial e extraordinário repetitivos também será um precedente judicial com autoridade vinculante, nos termos do art. 927, inciso III, do NCPC.

O art. 1036, do NCPC, inserido na parte que regulamenta o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, estabelece que "sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça".

A ferramenta processual de julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos é semelhante ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Permite ao STF, no caso de recursos extraordinários, ou ao STJ, no caso de recursos especiais, que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, poderá

haver afetação entre esses recursos, para julgamento unificado. Nesse sentido, evita-se a divergência jurisprudencial.

A preocupação do legislador com a estabilidade do sistema e com a segurança jurídica foram tão grandes, que o art. 927, §3º, do NCPC, estabelece a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração do entendimento em julgamento de casos repetitivos, com base no interesse social e na segurança jurídica.

Além disso, Marinoni (2015, p. 23) sustenta que não somente os recursos repetitivos devem ter autoridade vinculante, mas sim todo e qualquer recurso especial ou extraordinário:

Todas as decisões que definem a interpretação ou atribuem sentido ao direito, em demandas repetitivas ou não, têm eficácia obrigatória. Assim, a eficácia obrigatória também é própria das *rationes decidendi* das decisões emitidas em recurso especial.

E faz a seguinte ressalva: "É claro que a autoridade destas decisões depende do modo como a própria Corte se comporta diante delas. As Turmas devem respeitar suas decisões, que podem ser questionadas por outras Turmas até que a Seção a que correspondem defina a questão".

Concorda-se com o posicionamento do mencionado autor, até mesmo porque as decisões proferidas em recursos não repetitivos possuem aptidão para se transformarem em precedentes judiciais, nos termos do art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC.

Da mesma forma como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas, a decisão judicial que deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo é considerada omissa, para os fins de interposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1022, parágrafo único, inciso I¹²².

3.5.4 A questão da autoridade das súmulas

Já foi abordada em momento anterior a questão da autoridade vinculante das súmulas e da jurisprudência. Entretanto, neste momento, adota-se um posicionamento menos crítico e incisivo, no sentido de tentar compreender as pretensões do NCPC sobre esse assunto.

O art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC estabelece a autoridade de toda e qualquer súmula, seja ela do STF, do STJ, ou dos Tribunais Estaduais ou Regionais, ao dispor que será

¹²² "Considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento".

reputada não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula invocado pela parte, sem demonstrar a distinção no caso sob julgamento ou a superação do entendimento.

Por outro lado, o art. 927, inciso IV, do NCPC, estabelece a autoridade vinculante das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional.

O que se verifica é que, embora ser possível afirmar que todas as súmulas terão autoridade vinculante, o legislador conferiu maior destaque para as súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional, ao mencionar essa autoridade no art. 927. Até por ser uma consequência lógica da nossa estrutura judiciária.

Ao STF cumpre a guarda da Constituição Federal, nos termos do art. 102 da Constituição. Assim sendo, se não houver decisão do STF em controle concentrado (inciso I), súmula vinculante (inciso II), nem mesmo decisão em julgamento de recurso extraordinário repetitivo (inciso III), deve prevalecer as súmulas do STF, em matéria constitucional.

Por outro lado, em matéria infraconstitucional, se não houver julgamento do STJ em recurso especial repetitivo sobre a questão de direito, ou julgamento do STJ em incidente de resolução de demandas repetitivas, deve prevalecer a autoridade das súmulas do STJ.

É preciso ter em vista que é possível que ocorra o conflito entre a autoridade dos precedentes com a das súmulas, tendo em vista que os precedentes e súmulas poderão atingir um grau de autoridade vinculante a nível nacional. Por exemplo os precedentes e súmulas do STF (sobre matéria constitucional), do STJ (sobre matéria infraconstitucional), do TST (matéria relativa ao direito do trabalho), do TSE (matéria de direito eleitoral) e do STM (matéria militar).

São possíveis a formação dos seguintes precedentes nos Tribunais Superiores: incidente de resolução de demandas repetitivas, recurso especial repetitivo (somente no STJ), recurso extraordinário repetitivo (somente no STF), incidente de assunção de competência, uma decisão judicial isolada (tendo em vista que uma decisão judicial isolada também será considerada precedente com autoridade vinculante, nos termos do art. 489, §1º, inciso VI). Ainda, tem que se levar em consideração a autoridade vinculante das súmulas.

Quais desses (precedentes e súmulas) deverão possuir maior grau de autoridade vinculante?

Entende-se que deve ser seguida a ordem de prioridade elencada no art. 927 e, por último, o disposto no art. 489, §1º, inciso VI.

Primeiro, a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Em segundo lugar, as súmulas vinculantes. Em terceiro lugar, as teses fixadas em julgamento de casos repetitivos¹²³ e incidente de assunção de competência. Em quarto lugar, as súmulas do STF, sobre matéria constitucional, e do STJ, sobre matéria infraconstitucional. Em quinto lugar, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os magistrados estiverem vinculados. E por último, com menor autoridade vinculante, as súmulas dos outros tribunais, a jurisprudência, e os demais precedentes, sempre se tendo em vista a autoridade vertical e horizontal da vinculação¹²⁴.

Ainda, é importante destacar que não existe a figura da súmula na *common law*. Na verdade essa coexistência entre a autoridade das súmulas e precedentes é algo que será peculiar ao sistema brasileiro.

Na edição dos enunciados de súmula, não há preocupação com as circunstâncias fáticas dos precedentes que inspiraram a sua edição, e a identificação dos fatos é fundamental para aplicação de precedentes judiciais, porque é a partir dos fatos que se identifica a aplicabilidade dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente ao caso concreto atual.

Tanto é que essa foi uma preocupação do legislador, ao inserir o art. 926, §2º, ao NCPC, que estabelece a obrigatoriedade de os tribunais se aterem às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a edição da súmula.

Ainda, as súmulas derivam da reafirmação de resultados iguais e não de fundamentos iguais (MARINONI, 2015, p. 26). Nesse sentido, conforme já analisado em momento anterior, para a aplicação da autoridade vinculante de uma decisão judicial, é necessário a maioria com relação ao fundamento, e não somente com relação ao resultado.

Além disso, o problema será encontrado na aplicação das súmulas já editadas, antes da vigência do NCPC, isto porque será difícil encontrar os "fundamentos determinantes" das súmulas, muitas vezes esses nem existirão, e o art. 489, §1º, inciso V, do NPCP estabelece que considera-se não fundamentada a decisão que "se limitar a invocar precedente ou

¹²³ "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."

¹²⁴ Entretanto, neste ponto é importante deixar claro que somente é possível aplicar a autoridade das súmulas se os Tribunais deixarem claras as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram sua criação, pois, sem as circunstâncias fáticas, não é possível garantir a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, que é a justificativa de qualquer vinculação às decisões judiciais do passado.

enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"

Além disso, será muito difícil as súmulas expressarem com precisão e adequação as circunstâncias de fato pertinentes ao caso. Isso porque as súmulas supõem, antes de tudo, casos que apontam para uma mesma solução de direito, que, como é óbvio, podem ter vários contextos fáticos. Nas palavras de Marinoni (2015, p. 23):

Aliás, caso se imagine uma súmula que diga respeito a contextos fáticos similares, simplesmente se confirma o óbvio: o que pode garantir a unidade do direito, a segurança jurídica e a igualdade é o precedente. Isso para não falar que os fatos só têm importância para o efeito de distinção de casos futuros, quando são relacionados com as razões ou com os fundamentos da decisão, que obviamente não podem ser retratados numa súmula.

Ainda, deve-se ter em vista que a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, sem demonstrar a distinção no caso sob julgamento ou modificação de entendimento (art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC), também será considerada omissa para os fins de embargos de declaração, nos termos do art. 1022, parágrafo único, inciso II, do NCPC¹²⁵.

3.5.5 A questão da fundamentação da decisão judicial - art. 489, §1º

O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Sobre o assunto, o NCPC inovou, ao dispor, em seu art. 489, §1º, algumas situações em que se considerará não fundamentada a decisão judicial.

O art. 489, §1º, do NCPC, estabelece que não será considerada fundamentada a decisão judicial, seja ela sentença, acórdão ou decisão interlocutória, que:

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹²⁵ Considera-se omissa a decisão que: [...] II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

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

Conforme verifica-se da leitura do mencionado dispositivo, a nova legislação processual inovou, ao prever critérios objetivos segundo os quais considera-se não fundamentada a decisão judicial. Talvez a forma como os magistrados vinham fundamentando suas decisões tenha sido uma preocupação da Comissão elaboradora do NCPC¹²⁶.

A forma como a fundamentação das decisões judiciais era feita no Brasil pode decorrer da influência da própria *civil law*, conforme explica Marinoni (2013, p. 288-289):

Como os precedentes não fazem parte da tradição de *civil law*, no sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que pode revelar uma *ratio decidendi*. Exatamente por isso, enquanto a fundamentação, no *common law*, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinado comportamento, além de outorgar estabilidade e coerência à ordem jurídica e real possibilidade de a jurisdição tratar casos similares da mesma forma, no *civil law* a fundamentação tem importância muito mais restrita. Ela interessa quase que exclusivamente às partes e, especialmente em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes.

Desse modo, com a instalação de uma política de precedentes judiciais vinculantes, foi necessário inovar com relação à fundamentação das decisões judiciais, foi o que pretendeu o legislador ao editar o NCPC¹²⁷.

Uma das principais inovações foi no sentido de estabelecer a obrigatoriedade para os magistrados de enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, inciso IV, do NCPC).

Esta necessidade decorre da ideia de que se a decisão judicial será capaz de produzir autoridade vinculante, faz-se necessário enfrentar todos os argumentos suscitados durante o processo, para encontrar todos os fundamentos determinantes da decisão judicial, pois é esta

¹²⁶ Em razão do excesso de processos, o Judiciário começa a se preocupar mais com a quantidade de casos julgados, do que com a qualidade destes julgamentos.

¹²⁷ Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 219) afirmam que: "o Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB/1988, no seu art. 486, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro".

parte que vinculará o julgamento de casos futuros, conforme estabelece o inciso V, do mencionado artigo¹²⁸.

O art. 489, §1º, inciso V, do NCPC, estabelece a técnica de aplicação de precedentes judiciais, ao dispor que a decisão judicial será considerada não fundamentada quando o julgador se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

O mencionado dispositivo estabelece que a parte vinculante do precedente ou da súmula¹²⁹, são os motivos determinantes, ou em outras palavras, a *ratio decidendi*. Desse modo, o julgador deverá analisar a *ratio decidendi* do precedente (ou da súmula) e verificar sua aplicabilidade ao caso sob julgamento.

Nesse sentido, Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 220) explicam que:

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.

Por outro lado, o art. 489, §1º, inciso VI, estabelece a autoridade vinculante dos precedentes judiciais, da jurisprudência e das súmulas, ao dispor que será considerada não fundamentada a decisão judicial que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

A autoridade vinculante prevista neste dispositivo somente poderá ser afastada pelo julgador se este demonstrar que há distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou o que entendimento esteja superado (*overruling*).

Ainda, é importante destacar a notícia extraída do sítio da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, no sentido de que a AMB, a Associação Nacional dos

¹²⁸ Marinoni (2013, p. 291) explica que: "Dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão. Mediante a análise da fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*".

¹²⁹ Já foi mencionado em momento anterior a dificuldade que será encontrada pelos operadores do Direito na identificação da *ratio decidendi* das súmulas.

Magistrados do Trabalho - ANAMATRA e a Associação dos Juizes Federais - Ajufe encaminharam documento à Presidência solicitando o veto ao art. 489, §1º, do NCPC, por considerarem "pontos impraticáveis para o funcionamento do Judiciário"¹³⁰.

Conforme já dito, as alterações sobre a fundamentação das decisões judiciais são necessárias a partir do momento em que o legislador pretende instituir uma política de vinculação aos precedentes judiciais. Entretanto, deve-se ter em vista que estas alterações, em um primeiro momento, irão aumentar o trabalho dos magistrados, que já se encontram com um número excessivo de processos ainda pendentes de julgamento¹³¹.

Acredita-se que o grau mínimo de previsibilidade das decisões judiciais, trazido pela vinculação aos precedentes, em um primeiro momento, dará maior trabalho aos magistrados, mas após a fase de adaptação, irá contribuir para a redução do número de processos, tendo em vista que o jurisdicionado não irá litigar sabendo suas chances de perder.

Atualmente, como o jurisdicionado não possui a menor noção sobre a resposta que irá receber do Judiciário, tudo é motivo para se transformar em litígio. Por essa razão, acredita-se que após a fase de adaptação da vinculação aos precedentes, a tendência é que haja uma diminuição no número de processos.

Conforme explicam Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 222), sobre a necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais:

A ideia é de que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória.

A resistência de alguns magistrados diante da adequada fundamentação das decisões judiciais, principalmente no tocante ao art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC, que estabelece a vinculação aos precedentes, preocupa sobremaneira em um primeiro momento, tendo em vista

¹³⁰ Disponível em: <http://novo.amb.com.br/?p=20242>. Acesso em: 04/03/2015. O Novo Código de Processo Civil foi sancionado e o Poder Executivo não acatou o pedido das associações dos magistrados.

¹³¹ Apenas a título de exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, existem quase 20.000.000 (vinte milhões) de processos, para serem julgados por 2.500 (dois mil e quinhentos) magistrados, o que resulta em aproximadamente 8.000 (oito mil) processos para cada magistrado, conforme dados estatísticos extraídos do sítio do CNJ. (BRASIL, 2014). Esta situação se repete por todo o Judiciário. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2013_2_89. Acesso em: 19/03/2015.

que a nova legislação processual civil não estabeleceu nenhuma sanção aos magistrados que descumprirem este dispositivo. Tartuce (2015, p. 18) afirma que esse dispositivo:

[...] visa a afastar o livre convencimento do juiz, sem o devido fundamento. Acreditamos que esse comando poderá revolucionar as decisões judiciais no País, trazendo-lhes balizas mais certas e seguras, inclusive motivadas na doutrina. No entanto, o preceito também poderá ser totalmente desprezado pelos julgadores, inclusive pela ausência de sanção imediata.

Ainda, deve-se ter em vista que a decisão judicial que for considerada não fundamentada, nos termos do art. 489, §1º, do NCPC, também será considerada omissa para os fins de embargos de declaração, de acordo com o art. 1022, parágrafo único, inciso II, do NCPC¹³².

3.6 Modificação de entendimento (*overruling*)

Certo é que a partir do NCPC os entendimentos fixados nos precedentes judiciais, na jurisprudência, e nas súmulas terão autoridade vinculante. Contudo, o próprio Código estabelece a possibilidade de modificação destes entendimentos, desde que a modificação seja fundamentada, nos termos do art. 489, §1, inciso VI, do NCPC¹³³.

Por outro lado, o art. 927, §4º, do NCPC, regulamenta especificamente a modificação de entendimentos fixados em súmulas e em julgamentos de casos repetitivos, no sentido de estabelecer que para tal será necessária fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. O ideal seria que estivesse inserido também neste dispositivo a modificação de entendimento fixado em precedente judicial.

A modificação de entendimento também é necessária para uma política de vinculação aos precedentes judiciais, porque permite que o Direito se adapte às modificações econômicas, políticas e culturais de uma sociedade. Entretanto, seguindo os ideais de segurança jurídica, estabilidade e coerência entre as decisões judiciais, a modificação de entendimento deve ser considerada uma medida extrema, e caso seja necessária, deverá ser adequadamente fundamentada.

¹³² Considera-se omissa a decisão que: [...] II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

¹³³ O *overruling* já foi definido em momento anterior. Vide tópico 1.4.1.

Ainda, o art. 927, §2º, do NCPC, estabelece que "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".

Este dispositivo demonstra uma preocupação do legislador em possibilitar a participação da sociedade, dos órgãos ou entidades interessadas, no processo de modificação da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos.

A preocupação do legislador com a segurança jurídica foi tão grande, que este, através do art. 927, §3º, do NCPC, permite a modulação dos efeitos da decisão que alterar a jurisprudência dominante do STF, dos Tribunais Superiores ou dos julgamentos de casos repetitivos.

3.7 Distinção entre os casos (*distinguishing*)

A distinção (*distinguishing*) permite ao julgador verificar a compatibilidade entre o precedente e o caso atual a ser apreciado, através de um processo hermenêutico, de confrontação entre ambos¹³⁴.

Consiste em um método utilizado pelos magistrados para comparar o caso paradigma e a situação concreta presente, ainda, pode funcionar como um instrumento de identificação e avaliação das diferenças entre os casos examinados, a fim de estudar a incidência ou não do precedente judicial sobre a hipótese atual (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 403).

A distinção permite que não seja desrespeitado o princípio básico da teoria dos precedentes, segundo o qual casos idênticos devem ser tratados semelhantemente (*principle that like cases be treated alike*). A técnica permite que através de um processo de interpretação se verifique a compatibilidade entre o caso paradigma e o atual.

O art. 489, §1º, inciso VI, do NCPC, estabelece que o magistrado pode utilizar da distinção entre o caso paradigma e o caso atual para afastar a autoridade vinculante daquele, desde que a decisão seja fundamentada.

Conforme a explicação de Marinoni (2015, p. 25):

Em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de situações não tratadas no precedente. Assim, sempre haverá a possibilidade de se

¹³⁴ O *distinguishing* já foi definido em momento anterior. Vide tópico 1.4.2.

argumentar que o caso sob julgamento tem particularidade fática que o diferencia. Além disso, um novo caso pode não se subsumir na moldura fática do precedente, ainda que mereça igual solução quando consideradas *razões* do precedente. Ou seja, o precedente muitas vezes deixar de abarcar situação que, em vista da *ratio decidendi*, exige igual solução.

E conclui o mencionado autor que: "Note-se que a técnica da distinção, sempre considerando os fatos e a *ratio decidendi*, viabiliza o desenvolvimento do direito ao estender o precedente a outra situação e ao permitir a regulação do novo caso mediante outra fórmula".

Sem dúvidas que são as técnicas de distinção e de superação - modificação - do precedente que permitem que, de forma racional, o direito se desenvolva, sem comprometer excessivamente a segurança jurídica e por consequência o tratamento equalitário entre os jurisdicionados.

Ainda, pode-se verificar que o legislador se preocupou em inserir a figura da distinção no recurso especial e extraordinário (art. 1029, §2º), nos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1037, §9º e §12º), no agravo em recurso especial e extraordinário (art. 1042, §1º, inciso II) e nos embargos de divergência (art. 1043, §5º).

Acredita-se que o legislador deveria ter fixado critérios objetivos para a figura da distinção, para não gerar dúvidas a seu respeito. Como o Código não se preocupou com isso, esta questão ficará a cargo da doutrina e da jurisprudência.

3.8 Divulgação dos precedentes

O art. 927, §5º, do NCPC, estabelece que "os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores".

Conforme já mencionado anteriormente, a divulgação dos precedentes judiciais é um dos pontos de grande importância para que a vinculação aos precedentes funcione corretamente. Inclusive, defendeu-se que os precedentes deveriam ser divulgados amplamente na mídia, com linguagem clara e acessível à população.

O artigo acima mencionado estabelece a obrigatoriedade aos tribunais de divulgarem seus próprios precedentes. Entretanto, deve-se ter em vista que o CNJ será um órgão essencial na divulgação de precedentes judiciais.

As diretrizes do CNJ para o biênio de 2015-2016 são as seguintes:

- I – Fortalecer a atuação do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do planejamento estratégico e da análise e da solução de problemas que afetam o Judiciário;
- II – Intensificar as relações institucionais do Conselho Nacional de Justiça com os demais Poderes e com outras instituições essenciais à administração da Justiça, com vistas à busca de convergências de esforços;
- III – Impulsionar o uso de meios eletrônicos para a tomada de decisões;
- IV – Desestimular as ações de índole temerária ou protelatória, mediante os meios legais disponíveis;
- V – Incentivar a efetiva comunicação e o compartilhamento de informações processuais entre os órgãos do Poder Judiciário, para, entre outros, aperfeiçoar os filtros da repercussão geral e dos recursos repetitivos e seus diagnósticos;
- VI – Potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida;
- VII – Contribuir com o desenvolvimento da justiça restaurativa;
- VIII – Colaborar com a elaboração de atos normativos que promovam a celeridade processual, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e a melhoria das condições de trabalho dos juízes;
- IX – Desenvolver uma política criminal judiciária para o sistema penitenciário e socioeducativo, tendo por pilares a concretização e a efetividade de direitos, e o combate à cultura do encarceramento desnecessário, em especial, nas prisões provisórias;
- X – Realizar estudo sobre as condições de saúde da população carcerária;
- XI – Manter permanente interlocução com os juízes de todos os graus de jurisdição e com os tribunais do País;
- XII – Envidar esforços para a permanente valorização dos magistrados e dos servidores do Poder Judiciário.

Conforme pode-se observar, a efetiva divulgação dos precedentes judiciais se enquadra em quase todas as diretrizes do CNJ. Desse modo, em que pese o art. 927, §5º, do NCPC, estabelecer a obrigatoriedade dos tribunais divulgarem seus próprios precedentes, o CNJ deveria criar um sistema de abrangência nacional de divulgação de precedentes judiciais, dos enunciados de súmula, e da jurisprudência.

Sobre o assunto, destaca-se a sugestão apresentada por Lima (2013, p. 449), no sentido de que seria necessário disponibilizar informações sobre a autoridade do precedente judicial nas consultas jurisprudenciais, como por exemplo se o precedente consultado foi superado internamente ou por órgão superior, se houve modificação legislativa capaz de afetar o precedente, bem como o número de vezes que este foi citado, pelo menos, no tribunal que o criou.

Estas informações são essenciais para que fique clara a autoridade do precedente judicial, de modo a evitar que os operadores do Direito (advogados, magistrados, membros do MP, etc) invoquem equivocadamente um precedente judicial já superado.

Portanto, a vigência do NCPC cria essa necessidade de adaptação da forma como as consultas jurisprudenciais são realizadas pelos operadores do Direito, bem como exigem uma reformulação das informações a serem disponibilizadas nestas consultas.

3.9 Reclamação

O NCPC previu também outro instrumento processual que visa garantir a autoridade dos precedentes judiciais: a reclamação. Desse modo, o art. 988 do NCPC estabelece que "cabará reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para":

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Portanto, ocorrendo as hipóteses acima mencionadas, a parte interessada ou o membro do MP poderão ingressar com reclamação perante o respectivo tribunal. Isso demonstra a enorme preocupação do legislador ao instituir a vinculação aos precedentes judiciais.

Sobre o assunto, Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 84) explicam que:

O Novo CPC, inovando a atual situação de carência técnica e como corolário do contraditório, prevê o cabimento da reclamação quando ocorrer a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam [...]

O art. 992 do NCPC, estabelece que "julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia". Ainda, de acordo com o art. 993 do mesmo Código, "o presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente".

Portanto, desrespeitados os fundamentos determinantes de um precedente judicial do tribunal (art. 988, inciso II, do NCPC), a parte interessada ou o membro do MP poderão ingressar com reclamação para que este casse a decisão ou determine medida adequada à solução da controvérsia.

CONCLUSÕES

Diante do tema que foi pesquisado, observou-se uma série de problemas enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro, todos com relação entre si, como o excesso de demandas, morosidade processual, falta de uniformidade jurisprudencial, insegurança jurídica, violação do princípio da igualdade entre os jurisdicionados e ineficiência processual.

Assim, analisou-se a viabilidade de se instituir a vinculação aos precedentes judiciais como possível contribuição para a resolução desses problemas. Desse modo, chegou-se às seguintes conclusões.

A vinculação aos precedentes judiciais, se ocorrer de forma sistematizada e adequada, não irá resolver todos os problemas, mas irá contribuir para amenizá-los. Isto porque, através da vinculação aos precedentes, será possível alcançar a segurança, estabilidade, integridade e previsibilidade do Direito no Brasil.

A vinculação aos precedentes, ao permitir o surgimento de um grau mínimo de previsibilidade no resultado das decisões judiciais, irá contribuir para a redução da litigiosidade, porque sabendo suas chances de perder, a parte não irá litigar sem que tenha bons motivos para isso. O fato de toda e qualquer tese poder ser aceita contribui sobremaneira para o aumento do litígio, e ainda contribui para que não hajam acordos.

Ainda, os precedentes, contribuindo para a previsibilidade do Direito, fazem com que os investidores externos sintam maior segurança e confiança para aplicar recursos financeiros no Brasil, favorecendo o desenvolvimento econômico do País.

Por outro lado, não pode-se concluir que a vinculação aos precedentes irá resolver todos os problemas do Judiciário brasileiro. A vinculação aos precedentes, em um primeiro momento, irá exigir maior atenção dos magistrados no julgamento dos casos, isto porque a partir da vinculação, os casos não importarão mais somente às partes.

Os magistrados deverão ter em vista que suas decisões serão parâmetros para os casos futuros semelhantes, isto fará com que, em um primeiro momento, haja um aumento da carga de serviço, que já se encontra sobrecarregado.

Entretanto, em um segundo momento, quando a vinculação aos precedentes se tornar algo comum em nosso sistema, haverá uma redução da carga de serviço, tendo em vista a eficiência processual, já que os magistrados não terão que enfrentar princípios jurídicos já estabelecidos no precedente judicial, mas somente verificar a aplicabilidade destes perante o caso futuro semelhante, e elaborar a devida fundamentação.

Sobre o Novo Código de Processo Civil, conclui-se que o legislador perdeu a oportunidade de sistematizar regras gerais para a aplicação de precedentes judiciais, no sentido de criar dispositivos legais claros e precisos sobre a vinculação aos precedentes judiciais no Brasil.

A primeira questão é a seguinte: o NCPC poderia ter definido o que seriam os precedentes judiciais, ao invés disso, utilizou a expressão com pouco critério, principalmente com relação ao art. 489, §1, inciso VI, que estabelece que não será considerada fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Isto porque o dispositivo acima mencionado estabelece autoridade vinculante aos precedentes, que somente poderá ser afastada em caso de demonstração de distinção ou superação do entendimento, mas não define o que é precedente judicial nem mesmo quais decisões judiciais podem ser consideradas precedentes.

O Código também poderia ter definido critérios para a utilização das técnicas da distinção, bem como da superação dos precedentes, não da forma esparsa como fez, prevendo a forma como deverá ocorrer a distinção especificamente em um ou outro recurso, ou dispondo somente como se dará a modificação de entendimento em enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos (art. 927, §4º).

Poderia ter centralizado tudo isso em um capítulo próprio, dispondo sobre "regras gerais de aplicação de precedentes judiciais".

Ainda, a redação do Código poderia ter explicitado a autoridade vertical e horizontal dos precedentes judiciais, seguindo o modelo de *stare decisis* vertical e horizontal. Da forma como restou redigido, não é possível afirmar, por exemplo, qual entendimento deve prevalecer, se o fixado em assunção de competência ou em recursos repetitivos, nem mesmo é possível afirmar que as decisões de 1º grau vinculam os juízes que as proferiram.

Ainda, o legislador optou por conferir autoridade vinculante às súmulas e à jurisprudência (art. 489, §1º, inciso VI), o que acredita-se ter sido um equívoco.

Primeiro porque as súmulas não demonstram claramente os fatos nem os fundamentos determinantes que levaram os julgadores àquela conclusão, o que os tribunais fazem é juntar diversos acórdãos naquele sentido, mas que podem ter circunstâncias fáticas totalmente diferentes uns dos outros. Embora o art. 926, §2º, estabelecer que "ao editar

enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação", como ficarão as súmulas já editadas?

Segundo porque ao estabelecer autoridade vinculante à jurisprudência, o legislador não observou que no Brasil é possível encontrar teses totalmente divergentes apoiadas, por exemplo, por um mesmo tribunal. Como o magistrado irá aplicar a autoridade vinculante da jurisprudência, se ela não é uniformizada, íntegra e coerente?

Por esses motivos, entende-se que a jurisprudência e as súmulas não deveriam ter autoridade vinculante, mas somente os precedentes judiciais.

Se houvesse um capítulo próprio estabelecendo regras gerais de aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, ficaria muito mais fácil para os operadores do Direito se adaptarem à essa nova realidade. Da forma como restou redigido o Novo Código, parece que o legislador tomou uma medida desesperadora, de impor autoridade vinculante à tudo, súmulas, jurisprudência, e precedentes, sem ter a preocupação em definir claramente como funcionará essa vinculação.

Conclui-se, portanto, que a intenção tenha sido boa na imposição de uma política de vinculação aos precedentes judiciais, e que embora o Código pudesse ter deixado mais claro algumas questões, pode-se ter melhorias no tocante à uniformização da jurisprudência.

Em um primeiro momento, os magistrados terão maior trabalho para se adaptar à essa nova realidade, principalmente no tocante a fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º), mas se for alcançada a uniformização da jurisprudência, havendo coerência, integridade e estabilidade entre as decisões judiciais, em um segundo momento haverá uma redução drástica no número de processos, porque a segurança jurídica contribui para a redução da litigiosidade, tendo em vista que o cidadão não irá ingressar no Judiciário sabendo que irá perder. Atualmente, isto não é possível.

Ainda, o problema da divergência jurisprudencial, além de gerar insegurança jurídica e a perda da confiabilidade do Judiciário perante a sociedade, também favorece a desigualdade entre os jurisdicionados e contribui para a morosidade processual. Esses problemas são o cerne da crise em que se encontra o Judiciário brasileiro, e poderão ser atenuados ao longo do tempo, conforme a jurisprudência for se tornando estável, íntegra e coerente.

Portanto, conclui-se, tendo em vista o atual modelo jurisdicional brasileiro, que a imposição do NCPC no sentido de estabelecer a vinculação aos precedentes judiciais foi uma

medida necessária ao nosso sistema jurídico, embora acredite-se que essa imposição poderia ter sido redigida de forma mais clara e sistemática na redação do Novo Código.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009.

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

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana - uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the construction and interpretation of the laws**. St. Paul: West Publishing Co., 1896.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2014: ano-base 2013**. Brasília: CNJ, 2014.

BRENNER, Saul. SPAETH, Harold J. **Stare decisis - the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Uma análise do ensino jurídico no Brasil**. Revista Jurídica da FA7. v. 8, n. 1, p. 249-260. abr. 2011. Disponível em: http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/revista_juridica/revista_juridica_fa7_volume_8.pdf. Acesso em: 08/03/2015.

CHEMERINSKY, Erwin. **Federal jurisdiction**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. **English legal system in context**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio .A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6 ed. Salvador: JusPodvm, 2011, v. 2.

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

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation**. Texas Law Review, vol. 60.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

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

FERNANDES, Iuri Telles. LIMA FILHO, Carlos Angélico Campos de. **Inaplicabilidade da teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro**. Processo e jurisdição III. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Lúcio Grassi de Gouveia, Celso Hiroshi Iocohama, Eloy Pereira Lemos Junior. p. 297-315. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Manual dos recursos em processo civil**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FREER, Richard D. **Introduction to civil procedure**. New York: Aspen Publishers, 2006.

FUNKEN, Katja. **The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System** (July 2003). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 23/02/2015.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; e JAGO, Robert. **The politics of the common law - perspectives, rights, processes, institutions**. London: Routledge-Cavendish, 2009.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes e independência judicial**. Revista *Justitia*, do Ministério Público do Estado de São Paulo. nº 59 (177). jan-mar. 1997. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/97w70w.pdf>. Acesso em 02/03/2015.

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

HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale Press University, 1993.

HEALY, Thomas. **Stare decisis as a constitutional requirement**. West Virginia Law Review, vol. 104. Morgantown: West Virginia University, 2001.

HOFFER, Peter Charles; HOFFER, William James; HULL, N. E. H. **The Supreme Court: an essential history**. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

HUMBACH, Jonh A. **Whose Monet?: an introduction to the american legal system**. New York: Aspen Publishers, 2007.

KARNAL, Leandro. **História dos Estados Unidos - das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2008.

KELMAN, Maurice. **The force of precedent in the lower courts**. Wayne Law Review, 1967.

KNIFFIN, Margaret N. **Overruling Supreme Court precedents: antecipatory action by United States courts of appeals**. Fordham Law Review, Vol. 51, 1982. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>. Acesso em: 10/01/2015.

LEVASSEUR, Alain e FELIÚ, Vincenç. **The english fox in the Louisiana civil law chausse-trappe: civil law concepts in the english language, comparativists beware!** Louisiana Law Review. n° 69 (December, 2009). p. 715-747. Baton Rouge: LSU Law Center, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1525027>. Acesso em: 10/02/2015.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Processo e jurisdição: o sincretismo do civil law e common law: pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no brasil**. Processo e jurisdição II. Organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Fabricio Muraro Novais, Francisco Cardozo Oliveira, Marlene Kempfer. P. 170-193. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

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

LUNDMARK, Thomas. **Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe**. In: Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft. Turbingen: Mohr Siebeck, 2003, n. I.

MACCORMICK, Neil. **Why cases have rationes and what these are. Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo cpc**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Surey: Ashgate, 1997.

MCCULLOUGH, David. **1776: a história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos**. Tradução: Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MITCHELL, Andrew; DADHANIA, Minel. **AS Level Law**. London: Routledge Cavendish, 2003.

MONATERI, Pier Giuseppe, **The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)** (december 4, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1300298>

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

PEELE, Gillian. **Governing the UK**. Fourth edition. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

PINTO, José Guilherme Berman C. **O writ of certiorari**. Revista Jurídica, vol. 9, n. 86, 2007. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-9-n-86-ago-2007-set-2007/menu-vertical/artigos/artigos.2011-01-25.2385632966>. Acesso em: 11/02/2015.

POZZOLI, Lafayette. **Direito comunitário europeu: uma perspectiva para a América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2003.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REYNOLDS, William L. **Judicial process**. 3rd ed. St Paul: Thomson; West, 2003.

ROQUE, André Vasconcelos. **A experiência das 'class actions' norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil**. 2008. Vol. 1, 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação *strictu sensu*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, vol. 39, n. 3, fev. 1987.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. **Precedent in World Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos - principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRANG, Lee J. **An originalist theory of precedent: originalism, nonoriginalist precedent, and the common good**. New Mexico Law Review, vol. 36. Albuquerque: University of New Mexico, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUEUR, Andrew Le. **The conception of the UK's new Supreme Court. Building the UK's new Supreme Court - national and comparative perspectives**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State). Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do Novo CPC no Direito Civil**. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. **Precedentes in Italy. Precedent and the law**. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law - Utrecht, 16-22. July 2006. Edited by Ewoud Hondius. Bruxelles: Bruylant, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Uniformização de jurisprudência**. Revista da Ajuris, vol. 50. p. 178-183. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

ZANDER, Michael. **The law-making process**. 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown, & Co: 1892.