

A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA RELAÇÃO COM O USO DE PRECEDENTES COMO FORMA DE CORROBORAR A SEGURANÇA JURÍDICA

Monique da Silva Batista¹

Prof. Dr. Tayon Sofferner Berlanga²

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha³

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como finalidade analisar os precedentes judiciais adotado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), além de verificar se essa mudança está corroborando para a segurança jurídica. A diferenciação dos sistemas *civil law* – adotado no Brasil – e a *common law*, é o que dá início a esse estudo. Nos últimos tempos a *common law* tem tido uma aproximação no nosso ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, é necessário que nos aprofundemos sobre o tema precedente, assim como sobre as técnicas de separação e superação deles, para que compreendamos a sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico. Serão analisadas as mudanças consequentes do pós-positivismo, consolidadas pela Constituição Federal de 1988 com denso rol de princípios e garantias fundamentais que proporcionaram distintas interpretações a causas semelhantes. Uma das razões que justificam a crise no nosso sistema jurídico é o ativismo judicial, em que o aplicador da lei sai do polo passivo, e passa a ser protagonista, atuando diretamente na criação de novos direitos a partir da interpretação do texto da Lei. Portanto, analisamos se a obrigatoriedade dos precedentes com força vinculante é capaz de garantir a segurança jurídica, considerando a instabilidade institucional e o ativismo judicial crescente.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes; *Civil law*; *Common Law*; segurança jurídica; ativismo judicial.

¹Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Prof. Dr. Tayon Sofferner Berlanga do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

³ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 OS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	4
1.1 O sistema <i>Common Law</i> inglês	4
1.2 O sistema <i>Common Law</i> estadunidense	5
1.3 O sistema <i>Civil Law</i>	5
1.4 Aproximação do Sistema <i>Civil Law</i> e o Sistema <i>Common Law</i>	7
1.5 <i>Civil Law</i> e a questão da segurança jurídica.....	8
2 CONCEITO E FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	10
2.1 Técnicas de separação e superação dos precedentes	11
2.1.1 <i>Ratio decidendi e obiter dictum</i>	11
2.1.2 <i>Distinguish e Overruling</i>	12
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
3.1 Ativismo judicial	16
CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS.....	18

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de demonstrar a evolução e a importância dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, em correspondência com a segurança jurídica. Desse modo, a pesquisa pontua a conceituação e a diferenciação dos sistemas jurídicos *Civil Law e Common Law*.

O sistema jurídico brasileiro adotou a escola da *Civil Law*, bem como outros países de origem romana e germânica. Esse sistema considera a lei como fonte primária, tendo a figura do juiz apenas como intérprete e aplicador da lei. O sistema legal adotado no Brasil está estampado no art. 5º, § II, da Constituição Federal de 1988, ao prever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No entanto, não é possível ter um sistema jurídico exclusivamente legalista, pois a lei por si só, não consegue acompanhar as constantes modificações sociais, culturais, políticas e econômicas do país, ou seja, o legislador não alcança todas as situações que necessitam de apreciação do judiciário. Mas o jurisdicionado não pode ver sua pretensão não atendida por carência de previsão legal, e por essa razão, ocorre a aproximação do sistema *Civil Law* com o sistema do *stares decises*.

Desse modo, se faz necessário o estudo do sistema *Common Law*, adotado nos sistemas anglo-saxões, que tem por base os costumes e o direito consuetudinário. Os juízes e tribunais julgam os casos concretos, mas respeitam as decisões do passado e o costume da época, fazendo com que suas decisões resultem em precedentes para casos futuros.

Nesse sentido, o primeiro capítulo desse estudo analisa os *sistemas Civil Law e Common Law*, abordando suas diferenças e semelhanças, e também como a técnica de uso de precedentes pode ser usada no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo apresenta um breve relato histórico dos precedentes, inclusive seu conceito e seus fundamentos a partir do sistema *Common Law*. Outros conceitos afetos à aplicação dos precedentes também são esmiuçados como: a *ratio decidendi*, a *obiter dicta*, a *distinguishing*, e a *overruling*.

No último capítulo analisamos os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua origem e as mudanças trazidas com a vigência da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Abarcamos a necessidade de fundamentação como requisito de sentença, e se a aplicação dos precedentes poderia ser adaptada ao sistema *Civil Law*, com o intuito de garantir a isonomia do processo e a segurança jurídica.

A pesquisa qualitativa e a revisão bibliográfica formam o referencial teórico desse estudo. Os dados bibliográficos e documentais são apresentados e analisados, de maneira sistemática. Com o auxílio do método histórico, e com ênfase na evolução dos precedentes judiciais, dos sistemas jurídicos e da evolução do processo civil Brasileiro, partimos do pressuposto da obrigatoriedade da fundamentação das decisões, como garantidor da segurança jurídica, para que, conseqüentemente, cheguemos a um resultado e possíveis conclusões.

1 OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

1.1 O sistema *common law* inglês

De acordo com David (1996), a evolução do sistema *Common Law* divide-se em dois períodos distintos. Inicialmente, apesar do povo inglês estar submetido a um único soberano, o direito era fracionado, conservando a característica de direito local.

Em um segundo momento, Barboza (2014) destaca que a *Common Law* remonta à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066. Assim sendo, com a Batalha de *Hastings*, que levou a centralização do governo, incluindo a administração da Justiça, a Inglaterra passou a ter um poder forte e centralizado. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes adotaram novos procedimentos, o que deu origem ao nome *Common Law*, que significa direito comum a todo Reino da Inglaterra. Logo, passaram a decidir de maneira centralizada pelas Cortes da Justiça real de *Westminster*.

O formalismo excessivo da época causou certa depreciação ao direito da *Common Law*, surgindo uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão desse sistema jurídico que se deu no século XIII, surgiu um novo sistema, *equity* (equidade), que buscava solucionar as injustiças cometidas pela *Common Law*.

A *equity* assegurava que o indivíduo poderia recorrer ao rei quando a decisão dada pelos Tribunais de *Westminster* não correspondesse as suas expectativas. Este recurso deveria ser apreciado pelo Chanceler, que por diversas vezes deixava de fundamentar suas decisões nas leis dos costumes morais da época.

Sobre a *equity*, Merryman (2007) afirma que,

Aqueles que não aceitavam as decisões podiam peticionar para o Rei, pedindo-lhe uma reconsideração a respeito, uma espécie de perdão. Com o aumento destas petições foi necessária a indicação de um tipo de Conselheiro do Rei (*chancellor*) que atuava como a “consciência do Rei”, a quem foi dado o poder de decidir diferentemente do direito (tal como definido pelas decisões do *Common Law*), no interesse da justiça, criando-se assim um Tribunal paralelo ao *Common Law*, uma

corte de Equidade (*Court of Chancery*). (MERRYMAN, 2007, apud BARBOZA, 2014, p.295-297).

Contudo, os casos excepcionais que deveriam justificar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram a estrutura dualista do direito Inglês. De um lado tinha a *Common Law*, de forma centralizada, criada pelos Tribunais Reais de *Westminster*, e do outro lado a *equity*, utilizando a equidade em cada caso concreto, visando aperfeiçoar e complementar o sistema *Common Law*. Assim, foi celebrado um acordo para que existisse os dois sistemas no direito inglês.

1.2 O sistema *Common Law* estadunidense

Ao que diz respeito à influência da Inglaterra, os EUA construíram um sistema *Common Law* distinto, já que os pilares centrais estadunidenses foram a doutrina de respeito aos precedentes judiciais e a doutrina de direitos humanos fundamentais. À vista disso, percebemos que a mudança não foi da supremacia do Parlamento para a supremacia do Judiciário. Além disso, o controle de legitimidade das leis que tinham como parâmetro, passa a ter a Constituição Estadunidense como referência, causando uma ruptura do modelo inglês (MARINONI, 2011).

De acordo com Marinoni (2011), que discorda da ideia de ruptura, o controle de constitucionalidade estadunidense significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura, devido os atos da colônia em relação ao direito inglês.

Considerando que o direito americano foi construído ao longo da história da nação, percebemos que grande parte da estrutura do Poder Judiciário foi consolidado após a Constituição. Logo, os pareceres finais tomados pela Suprema Corte ganham poder de lei, gerando precedentes a casos posteriores.

Enquanto a *Common Law* inglesa optou pela Supremacia do Parlamento, a *Common Law* estadunidense seguiu o parâmetro dos princípios fundamentais.

1.3 O sistema *Civil Law*

Segundo Barboza (2014),

O sistema Romano-Germânico, também intitulado *civil law*, teve origem na Europa Continental, datado do século XIII, com o surgimento dos estudos de Direito Romano nas Universidades. *O Civil Law* foi marcado por dois períodos, o primeiro com o Estudo do Direito Romano. [...] Do ponto de vista científico, data do século

XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com glosadores e comentadores. É nessa época que aparece a preocupação de que por meio do Direito pode-se assegurar a segurança necessária ao progresso das cidades e do comércio. Além disso, passa – se a diferenciar o direito da religião, criando-se, inclusive o direito canônico nessa época. Do século XII, XIII até o século XVII, as Universidades europeias passaram a estudar o direito romano como um direito que exprime a Justiça, por outro lado, nem o direito nacional nem a prática do direito eram estudados, nesse período até o século XX, com o surgimento das codificações nacionais, ter-se-á o direito romano como base de estudos nas Universidades. Ressalta – se que não só o direito romano era estudado nas Universidades, mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o direito costumeiro dos bárbaros o direito canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*. Dessa forma, foi desenvolvida uma ciência do direito pelos professores das Universidades, direito este teórico e erudito, que se aproximava mais do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época (BARBOZA, 2014, p.29-30).

Portanto, o desenvolvimento da *Civil Law* ocorreu dentro das Universidades que visavam compreender as regras materiais mais justas, ignorando o estudo dos costumes e do Direito Local, passando a se dedicar apenas ao Direito Romano.

René David (2002) aborda que,

Com o tempo, o Direito ensinado nas universidades afasta-se do Direito Justiniano, adaptando-se às necessidades da sociedade moderna, para se tornar um Direito sistemático, fundado sobre a razão, tendo por isto vocação para ser aplicado de modo universal (...). O renascimento dos estudos de Direito Romano é o principal fenômeno que marca o nascimento da família de Direito Romano-Germânica. Os países que pertencem a essa família são, na História, aqueles em que os juristas e práticos do Direito, quer tenham ou não adquirido a sua formação nas universidades, utilizam classificações, conceitos e modos de argumentação dos romanistas (DAVID, 2002, p.46-52).

O segundo e principal marco da escola da *Civil Law*, foi a Revolução Francesa, em 1789. Aqui ocorreu a queda da monarquia absolutista, e a ascensão de uma nova classe ao poder, a burguesia. Consequentemente há uma ruptura com o modelo de Estado absolutista, com intuito de afastar as antigas concepções monarcas e restringir a atuação dos magistrados, uma vez que os aristocratas tomavam decisões contrárias aos cidadãos e a favor do Rei.

O positivismo pós-revolução francesa deu abertura para a supremacia da lei, isto é, existiriam normas preestabelecidas, com todas as situações relacionadas ao comportamento humano previstas na lei, que assegurariam a segurança jurídica. O legislativo ficaria responsável por apenas elaborar as leis, sem qualquer margem interpretativa do texto legal.

Acontece que a lei passou a ser interpretada de maneiras distintas, a partir de percepções diferentes de cada juiz, não alcançando um ideal de segurança jurídica que se espera de um Ordenamento Jurídico. Por esse motivo vemos a necessidade de aproximar os sistemas jurídicos *Civil Law e Common Law*, como uma maneira de findar as lacunas existentes em cada sistema.

1.4 Aproximação do Sistema *Civil Law* e o Sistema *Common Law*

O Brasil, historicamente, sempre pertenceu ao sistema romano-germânico. Contudo, nos últimos anos percebemos uma nítida mudança. O sistema da *Civil Law* tem ficado à margem, e temos nos rendido às influências da teoria *do stare decisis*. Não há o que se falar em substituição de um sistema pelo outro. Trata-se de uma aproximação. Desse modo, pairava uma dúvida se estaria havendo uma mudança do sistema *Civil Law* para o *Common Law*, ou se estaria tornando um sistema híbrido. Contudo, entende – se que o direito brasileiro com a inserção de artigos trazidos pelo Código de processo Civil esta sofrendo algumas influencias do sistema *Common Law*, como forma de complementar aquilo que a *Civil Law* não conseguir alcançar.

O sistema *Common Law* é baseado em precedentes. Ele está em constante construção já que pondera mudanças sociais, culturais e políticas do Estado. É, pois, um sistema aberto. Por outro lado, a *Civil Law* tem um sistema fechado, visto que, em teoria, o legislador prevê todas as hipóteses e as codifica, restando ao intérprete exercer um raciocínio abstrato e dedutivo, condicionado à lei.

Conforme afirma Miguel Reale (2007),

Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística (REALE, 2007, p.142-143).

A Constituição Federal de 1988 representou um marco histórico, considerando o contexto da época. O Brasil estava sob regime ditatorial há mais de vinte anos, e a Constituição Cidadã conseguiu efetuar uma transição entre um regime autoritário para um Estado Democrático, enfatizando os Direitos Humanos e a Dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, a Constituição Federal trouxe uma aproximação ao sistema da *Common Law* com a inserção de princípios fundamentais.

Sobre a inserção dos princípios fundamentais vemos que, esses novos direitos possuem:

um caráter aberto, e não vão funcionar como regras concretas que estabelecem mecanicamente resultados uniformes para questões similares, ao contrário, dependerão de interpretação e densificação de seu conteúdo no caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 87-88).

Em razão da grande abstração, os princípios vão possibilitar uma “interpretação inovadora, contextualizada e comprometida com as realidades sociais, opondo-se às regras, que possuem uma rigidez própria e não permitem a mesma abertura” (CAMBI; FILIPPO, 2013, p.2).

Além do mais, considerando o contexto histórico do neoconstitucionalismo, que buscava um novo constitucionalismo no período pós Ditadura Militar, é possível dizer que as alterações ocorridas após a Constituição Federal de 1988 contribuíram de forma relevante para a aproximação das características do *common law* pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Percebeu-se que o direito baseado em precedentes vinculantes é uma característica do *common law* e que o Brasil tem aderido aos poucos a essa tradição, em razão da supremacia da Constituição Federal de 1988, a qual apostou em uma supremacia, também, do judiciário, e concomitantemente de seus princípios fundamentais abstratos, os quais possibilitam interpretações mais amplas das normas por parte dos juízes. Porém, essa maior amplitude de entendimentos dos magistrados gera mais divergências e disparidades de entendimento nas decisões judiciais, o que vai contra os princípios constitucionais como, por exemplo, a segurança jurídica (art. 5º, caput e incisos II, XXXVI, XXXIX e XL da CF/88). Isto posto, o judiciário brasileiro encontrou como solução para esse problema a adoção de mudanças no seu sistema processual que o aproximassem da doutrina do *stare decisis do common law* (SOUZA, 2015, p.19).

1.5 *Civil Law* e a questão da segurança jurídica

O sistema jurídico *Civil Law* pretendeu garantir a segurança jurídica por meio da codificação das leis, na medida em que o direito codificado daria certa previsibilidade nas relações jurídicas, já que as soluções dos conflitos estariam expressas na lei, nas quais o juiz teria o papel de intérprete da norma.

Contudo, é utópico pensar que o sistema *Civil Law* seria suficiente para resolver todos os litígios, de modo que o juiz apenas aplicaria a lei ao caso concreto. Portanto, com as evoluções sociais, percebemos a impossibilidade de antever todas as situações jurídicas que precisam de apreciação do ordenamento jurídico.

O que notamos, conforme Barboza (2014),

É uma grande mudança nos sistemas jurídicos na segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos. Como visto anteriormente, diversos países vêm adotar constituições democráticas para proteção dos direitos humanos. A mudança de pilar nas estruturas jurídicas do sistema *de civil law* para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel de jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição a priori desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto (BARBOZA, 2014, p.234.).

Marinoni (2012) também expõe que,

A Constituição Federal de 1988 veio de maneira expressa em seu Art. 5, caput estabelecer, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Diversos outros incisos desse artigo asseguram-na, como o II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) (MARINONI, 2012, p.560).

Desse modo, com o advento do constitucionalismo foram criadas normas abertas (cláusulas gerais e princípios fundamentais), a fim de que não ficassem sem proteção esses direitos. Os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, exigem que a norma (seja ela em abstrato, ou em concreto), deva ser aplicada a todos, sem distinção, de maneira isonômica, buscando a segurança jurídica.

Segundo Marinoni (2014, p.13) “com a difusão das cláusulas gerais, bem como com o desenvolvimento da teoria da interpretação eliminaram as pretensões do positivismo logicista e, por consequência, a previsibilidade que mediante ele seria alcançável”.

Pugliese (2011, p.25) salienta que é preciso “constatar que a independência e o livre convencimento (dos juízes) têm limites estabelecidos pela própria Constituição e não podem prevalecer diante de direitos como a igualdade e a segurança.” Ou seja, é de suma importância o uso de precedentes obrigatórios com o intuito de uniformizar as decisões judiciais e garantir a previsibilidade.

Além disso, conforme explica Gilberto Andreassa Junior (2015),

A implementação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro é de interesse público, pois ao padronizar uma linha de julgamento, diversas pessoas deixam de se aventurar no Poder Judiciário. Ou seja, com menos pessoas aforando demandas, cairá o custo do Estado em manter a “máquina” do judiciário e, conseqüentemente, aumentará a renda para aplicação de outras políticas públicas (ANDREASSA JR, 2015, p.86).

Portanto, por meio da adoção do sistema de precedentes judiciais, buscamos que o legislador venha garantir a segurança jurídica aos seus jurisdicionados, e, conseqüentemente, restaurar a confiança no Poder Judiciário brasileiro, ante a falta de previsibilidade e isonomia das decisões proferidas pelos juízes e tribunais. Assim, a aproximação ao sistema da *Common Law* com o uso de precedentes obrigatórios visa garantir uma uniformidade das decisões.

2. CONCEITO E FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Precedentes no sistema da *common law* são decisões anteriores que servem como parâmetros para julgamentos futuros e semelhantes. São decisões que serão discutidas, mas

que já tiveram assuntos e temas semelhantes resolvidos por um Tribunal. Nem toda decisão judicial se torna “precedente”, mas ela pode ser um, em momento posterior, quando for utilizada como modelo para decisão de caso semelhante.

Como explica Marinoni (2010),

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados (MARINONI, 2010, p.215).

Nas palavras de Eduardo Talamini (2016),

Até a pouco, a expressão “precedente judicial” tinha um sentido distinto daquele em que agora ele tem sido empregado. [...] Falava-se em “precedente” para se referir a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um subsídio relevante ou decisivo para a resolução de novos casos, em que a mesma ou análoga questão se ponha. [...] Nesse sentido tradicional, o precedente é identificado como tal não no momento em que é emitido, mas depois, quando invocado, interpretado e utilizado como subsídio ou baliza para uma nova decisão (TALAMINI, 2016, p.1).

Nesse sentido, Tucci (2004) esclarece o fundamento da Teoria dos Precedentes Judiciais, dizendo que,

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior (TUCCI, 2004, p.12-13).

Desse modo, a partir desse conceito, compreende-se que os precedentes judiciais podem ser usados tanto no sistema jurídico *da Civil Law* como no Sistema da *Common Law*. Segundo Marcelo Alves Dias de Souza (2008), as qualidades do precedente são as mesmas em qualquer sistema, é a sua função que varia, podendo ter força obrigatória ou persuasiva.

Com a evolução do sistema da *Common Law* e, principalmente, em razão da necessidade de uniformização das decisões judiciais, adotou-se a obrigatoriedade dos precedentes judiciais. Esse fenômeno também pode ser observado na *Civil Law*. Os precedentes no nosso ordenamento jurídico têm o dever de suprir aquilo que não foi preestabelecido em lei. Cabe reforçar que a atividade dos juízes e Tribunais é interpretativa e não legislativa. Assim sendo, por mais que haja omissão, ou que a lei não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá legislar.

2.1 Técnicas de separação e superação dos precedentes

2.1.1 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

A *ratio decidendi* é uma norma geral construída pela jurisprudência, a partir de um caso concreto que pode ser aplicada em casos futuros. São os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão, ou melhor, os fundamentos são uma norma geral do caso concreto que sustentam a decisão judicial. Enquanto a norma individualizada produz efeito *inter partes*, o precedente, como norma geral, tem caráter *erga omnes*.

Para Marinoni (2011), no momento em que o juiz prolata a decisão, duas normas jurídicas são criadas: uma de caráter individual (que representa a decisão para o caso concreto), e outra norma de caráter geral (contida na fundamentação do julgado, e criada para justificar a sua decisão).

A norma jurídica de caráter geral, criada pelo magistrado, que é indispensável a tese a ser adotada ao caso concreto é a *ratio decidendi*. Já o *obiter dictum* são argumentos jurídicos expostos de maneira momentânea, é a fundamentação prescindível, visto que não tem poder para influenciar em uma decisão.

É imprescindível o entendimento da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois nem tudo que consta na fundamentação é a razão de decidir.

Conforme afirma Didier (2009),

O *obiter dictum* não pode ser desprezado, possuindo certa importância na decisão: O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (DIDIER, 2009, p.387-388).

Por mais que tenham semelhanças, não podemos confundir os termos precedentes, jurisprudência e súmulas. O precedente, quando utilizado reiteradas vezes, pode se tornar jurisprudência que, por sua vez, é composta por um conjunto harmonioso e utilizada de forma constante para certa aplicação da lei. Dessa forma, se tal jurisprudência se torna predominante em determinado Tribunal, pode ser editada uma súmula, que é um enunciado normativo, em que se extrai a *ratio decidendi* do precedente.

2.1.2 *Distinguish* e *overruling*

O *distinguish* é classificado como uma modalidade de ruptura do precedente, sendo necessário analisar o caso concreto e o caso que deu origem. Logo, é exigido que exista a semelhança de um caso para o outro para ocorrer à aplicação do precedente. Essa comparação é o que denomina o “*distinguish*”.

Segundo Didier (2011),

Nessa linha, fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER, 2011, p.402-403).

Essa análise é feita pelo magistrado ao perceber que há divergências entre o caso concreto e o precedente. Desse modo, ao realizar o *distinguish* podem ocorrer duas consequências. A primeira delas seria a criação de uma exceção à regra jurisprudencial, reduzindo o campo de incidência. Nesse caso, o magistrado, reconhecendo a distinção entre o caso analisado e o precedente, pode optar por uma interpretação restritiva, abandonando a fundamentação constante no precedente e julgando pelo livre convencimento, é o que denominamos *restricti distinguishing*. A segunda consequência seria que o magistrado, ao analisar o caso concreto, percebe as suas peculiaridades, podendo estender as hipóteses conferidas no precedente. Aqui temos *ampliative distinguish*.

Diferente do que ocorre com os precedentes, a diferenciação dos casos pode ser realizada por qualquer magistrado, não havendo conflito de competência, ou seja, é possível realizar a distinção de um precedente do STF por um juízo de primeiro grau.

Por sua vez, o *overruling* ocorre quando há superação total do precedente. Seria a hipótese de revogação de precedente. Esse pode ocorrer tanto no plano horizontal, quando o precedente é revogado pelo próprio Tribunal, ou no plano vertical, quando existe a revogação por um Tribunal Superior a um inferior.

A superação do precedente pode operar com efeitos *ex tunc* (retroagindo) e/ou *ex nunc* (não retroagindo). O primeiro efeito é quando ele foi baseado em nova lei, ou melhor, quando é novo e não foi consolidado. Já o efeito *ex nunc* é a regra, visto que o precedente busca a estabilidade e a segurança jurídica, pelo fato de sua edição trazer confiança as pessoas.

Assim, para Didier (2009), *overruling* é a técnica em que um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.

3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Barboza (2014, p. 147) sustenta que após a “Revolução dos Direitos Humanos e a consequente adesão do constitucionalismo por diversos países, os direitos humanos ganharam destaque no ordenamento jurídico outorgando ao Poder Judiciário a decisão de questões de conteúdo moral e político.”

A nova redação dada pelo Código de Processo Civil seguiu as evoluções doutrinárias, legislativas e históricas. Desde o Brasil Colônia vemos as ideias de precedentes passadas pelo Brasil Império. Mas, com a implementação dos Direitos Humanos fundamentais, pela Constituição Federal de 1988, as normas passaram a exigir interpretação dos magistrados ao caso concreto.

A primeira mudança significativa que percebemos com o advento do NCPC, é a obrigatoriedade das fundamentações das decisões judiciais. Assim, os juízes têm que fundamentar suas decisões de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo legislador nos §§ 1º e 2º, do artigo 489 da Lei nº 13.105.2015 (Código de Processo Civil) , sob pena de nulidade.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 - II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 - III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 - IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 - V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 - VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
- § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (BRASIL, 2017).

Nesse aspecto, Humberto Theodoro Jr (2015) afirma 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 reformar 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 (THEODORO JUNIOR, 2015, p.262).

Segundo o entendimento de Nelson Nery Junior (2013),

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão (NERY JUNIOR, 2013, p.301).

Outro avanço da Lei está previsto no Art. 926, CPC, que diz: “Art. 926 - Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Brasil, 2017).

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, (2016) preceituam que,

A jurisprudência em um sistema de precedentes tem um papel fundamental da mais alta relevância. Ela evidencia as possíveis interpretações a partir do julgamento de casos concretos com isso contribui para a unidade do Direito, permitindo que os precedentes possam trabalhar contando com este rico manancial de significados. A jurisprudência revela as tendências interpretativas (MARINONI; ARENHART, MITIDIERO, 2016, p.150).

Logo, uma das justificativas para a adoção dos precedentes obrigatórios se respalda na necessidade de solucionar os problemas acarretados pelas divergências jurisprudenciais comuns na atualidade. Desse modo, os precedentes têm como finalidade uniformizar e aperfeiçoar casos idênticos e semelhantes.

Outra novidade apontada pelo Código de Processo Civil de 2015, é a força vinculante dos precedentes, elencado no Art. 927.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2017).

Portanto, os precedentes com força vinculante obrigam os magistrados a segui-los. A ideia é tentar diminuir a insegurança jurídica, por exemplo, em que casos semelhantes são julgados de maneiras distintas. A fundamentação do precedente serve como limite às interpretações judiciais e à atividade criativa dos magistrados em futuros julgamentos. Sendo assim, casos semelhantes devem se submeter a mesma forma interpretativa, impedindo julgamentos arbitrários baseados em convicções pessoais, conferindo legitimidade, previsibilidade e segurança aos jurisdicionados. De acordo com Abelha (2016, p.1285), um

tribunal com “jurisprudência unificada e mantida coesa, estável e coerente evita litígios futuros, permite a confiança do jurisdicionado na justiça, traz segurança e isonomia”.

O Código de Processo Civil, ao regulamentar a sistemática dos precedentes, visa igualar todos os sujeitos a partir de resultados obtidos do exercício do direito de ação. Assim, referida uniformização dos precedentes, impondo limites ao ativismo judicial, sem deixar de observar a segurança jurídica e os demais direitos fundamentais, estaremos em consonância com o artigo 5º, caput, da Constituição Federal “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

3.1 Ativismo judicial

O ativismo judicial é definido como uma mudança do Judiciário, que parte de coadjuvante (aquele que apenas aplicando as leis), para um papel principal, o tomador de decisões que possui liberdade de escolhas frente aos valores da Constituição.

Boa parte da doutrina acredita que é possível falar em ativismo judicial após a Constituição Federal de 1988. Antes de sua promulgação a atuação do poder judiciário era bem limitada. A partir da Constituição Cidadã, que previu uma gama de princípios fundamentais abertos, foi possível falar sobre o ativismo judicial.

Para Pires (2013)

O neoconstitucionalismo é a expressão de um movimento discursivo do positivismo clássico. Dispondo a Constituição no âmago do sistema jurídico vigente, figurando, preponderantemente, os princípios e os direitos fundamentais, consequência do Pós-Guerra: Esse é o cenário brasileiro da atualidade. Em grande medida, ele decorre dos grandes debates jurídicos, filosóficos e políticos que tomaram corpo na Europa e nos EUA após o Segundo Pós-Guerra, e que chegaram ao Brasil na esteira da redemocratização e da consolidação da Lei Fundamental de 1988. Todo esse quadro corresponde a uma nova maneira de ver o direito (e o Direito), denominada, provisoriamente, de pós-positivismo. No plano constitucional, o pós-positivismo se manifesta como o marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo, movimento que defende uma nova forma de ver o direito, partindo da normatividade, da supremacia e da centralidade da Constituição, para chegar a um modelo marcado, entre outros, pelo papel normativo dos princípios e por uma maior amplitude do espaço de atuação do intérprete (PIRES, 2013, p.30).

Na mesma perspectiva, Campos (2014) dispõe que

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais, como a ampliação do acesso à justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno

de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos (CAMPOS, 2014, p. 210).

Em outras palavras, a Constituição de 1988 trouxe um rol extenso de princípios e de direitos humanos, que deram margem para o ativismo judicial. Assim, após a Constituição, o judiciário passou a atuar como regulador da ordem social, de forma criativa diante das lacunas do legislativo.

Na mesma linha, Barroso (2012) defende que,

O ativismo é um protagonismo do Judiciário na concretização dos ditames constitucionais, assumindo uma participação maior nas decisões da sociedade em relação aos outros poderes do Estado. (...) Ainda, No Brasil, há alguns pensamentos que explicam essa mudança de comportamento do Judiciário, sendo que a maioria considera a aplicação direta dos valores constitucionais como a principal causa (BARROSO, 2012, p.6-8).

É importante dizer que as teses neoconstitucionalistas foram as propulsoras para o ativismo judicial no ordenamento Jurídico Brasileiro, que por sua vez acaba sendo uma ameaça ao próprio constitucionalismo.

Para o filósofo Streck (2014),

O ativismo judicial é um ato de vontade do julgador que, nascido no próprio espaço jurídico, caracteriza-se como “uma ‘corrupção’ na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2014, p.65).

A Constituição de 1988 é a fomentadora do ativismo judicial, visto que os princípios e direitos fundamentais dão margem a várias interpretações. Além disso, o próprio Poder Legislativo aumentou o poder do Judiciário, visto que a Constituição Federal instituiu o STF como guardião da CF, bem como atribuiu a sua competência nas ações de controle de constitucionalidade, ampliando o rol de legitimados ativos. Todas essas competências ampliaram o poder criativo e o poder jurisdicional, sendo os representantes do Poder legislativo, também responsável pelo fomento do ativismo judicial.

Em suma, algum nível de ativismo judicial sempre teremos em face da Constituição, contudo, o intérprete não pode, de maneira exacerbada, utilizar do seu poder criativo, pois ele deve primar pela redução de sua discricionariedade, utilizando o ativismo de forma responsável. Não devemos ter como parâmetro os sujeitos que tomam as decisões, já que isso colocaria em risco a própria democracia.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o presente trabalho esclareceu, por meio de um método histórico-crítico, a aproximação entre os sistemas *civil law* e do *common law*, e, a partir daí a obrigatoriedade do respeito aos precedentes no sistema brasileiro.

É incontestável que o sistema jurídico brasileiro esteja em crise. Esse conflito está diretamente associado ao ativismo judicial, ponderando a imprevisibilidade e as decisões diversas sobre causas análogas. Desse modo, a lei, por si só é insuficiente para garantir a segurança jurídica. E por esse motivo, é necessário a aproximação do sistema *Common Law* como uma maneira de tentar alcançar a segurança jurídica, buscando a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo a obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais.

Logo, a lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que busca a segurança jurídica e a isonomia do processo, trouxe mudanças legislativas importantes. No art. 489 está elencado requisitos de sentença, a fim de evitar decisões sem fundamentações. Outro avanço, está previsto no Art. 927, ao estabelecer força vinculante aos precedentes.

Na prática, o efeito vinculante dos precedentes não tem a efetivação que se esperava, visto que o sistema jurídico brasileiro continua em crise e com divergências em decisões semelhantes. No entanto, essa foi a maneira que o legislador brasileiro encontrou para tentar diminuir a insegurança jurídica e frear o judiciário com decisões desproporcionais. Logo, a obrigatoriedade das fundamentações com uso de precedentes ainda não alcançou o patamar desejado, mas, sim, a busca contínua por maior segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil.** / Marcelo Abelha. – 6.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANDREASSA JR. Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes: Integração dos poderes e coerência das decisões do Judiciário.** Curitiba: Juruá, 2015.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23–32, 1 jun. 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988/organização e índice por Geralda Magela Alves e Equipe. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes Vinculantes**. In: **Revista de Processo**. v. 38, n. 215, p. 207-246, jan. 2013.

CAMPOS, C.A.A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 4ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6ª ed. Ed. Jus Podivm, 2011. p. 402-403.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, ano 57, n. 380, p. 45- 50. Porto Alegre, 2009.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (Processo Civil, Penal e Administrativo)**. 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. *Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*. In: FELLET, André Luiz Fernandes.; PAULA, Daniel Giotti.; NOVELINO, Marcelo(Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

REALE, Miguel. **Lições introdutórias de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, P. **A aproximação dos sistemas da Common Law com o Civil Law: Estudo do efeito vinculante e do Instituto da Repercussão geral, no Direito Brasileiro**. Universidade de Brasília UNB, Brasília, 2015. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/10995/1/2015_PatriciaMoraisGalvaoSouza.pdf Acesso em:

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

TALAMINI, Eduardo. **O que são os precedentes vinculantes no CPC/15**. Mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/236392/o-que-sao-os--precedentes-vinculantes--no-cpc-15> Acesso em:

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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