

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HANNA LUIZA ABINADER PORTO

**A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Manaus - AM

2018

HANNA LUIZA ABINADER PORTO

**A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque

Manaus-AM

2018

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

P853e Porto, Hanna Luiza Abinader
A Eficácia Vinculante do Rol do Artigo 927 do Novo
Código de Processo Civil / Hanna Luiza Abinader Porto.
Manaus : [s.n], 2018.
63 f. : ; 30 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.
Inclui bibliografia
Orientador: Albuquerque, Ricardo Tavares de

1. Precedentes Judiciais. 2. Eficácia Vinculante. 3.
Código de Processo Civil de 2015. 4. Direito Comparado.
I. Albuquerque, Ricardo Tavares de (Orient.). II.
Universidade do Estado do Amazonas. III. A Eficácia
Vinculante do Rol do Artigo 927 do Novo Código de
Processo Civil

Elaborado por Jeane Macelino Galves - CRB-11/463

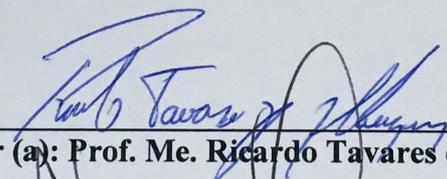


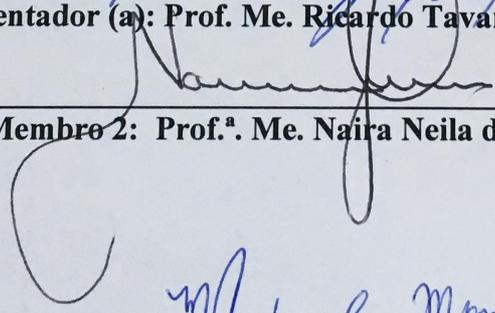
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

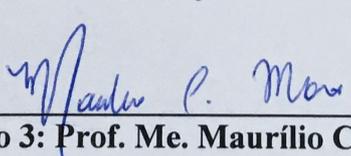
Hanna Luiza Abinader Porto

**A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): Prof. Me. Ricardo Tavares de Albuquerque


Membro 2: Prof.^a Me. Naira Neila de Oliveira Norte


Membro 3: Prof. Me. Maurílio Casas Maia

Manaus, 30 de novembro de 2018.

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, por estarem ao meu lado
emanando amor e cuidado ao longo desses
anos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Nosso Senhor Jesus Cristo e a Nossa Senhora das Graças, minha Mãe Celeste, por me sustentarem e me guiarem pelos caminhos da sabedoria até aqui.

Aos meus pais, Luiz e Ana Patrícia Porto, e à minha irmã Halinna Vitória, por serem minha base e meus exemplos, obrigada por embarcarem comigo nessa jornada chamada vida. Eu os amo mais que tudo.

Às minhas famílias Abinader e Porto, em especial às minhas avós Maria de Nazaré e Dagmar Porto, pelo incentivo e as orações.

A André Araújo, meu amor e melhor amigo, agradeço pela compreensão, carinho e motivação ao longo desse tempo. Você fez com que essa conquista valesse mais à pena.

Aos meus amigos e irmãos do Grupo Muchachos (Danyelle, Rildo, Kamayra e Helton), por serem o melhor presente que a faculdade pode proporcionar-me. Obrigada por tanta amizade, amor e partilha vivenciadas ao longo desses 5 anos de aprendizados.

Aos meus professores – dos tempos de Jardim de Infância à UEA -, por me ajudarem a chegar até aqui, sempre com muita dedicação, amor pela docência e responsabilidade com o ensino; em especial ao Professor Ricardo Tavares de Albuquerque, meu orientador, pelo compromisso e carinho pelos seus alunos e ao Professor Thiago Braga Dantas, meu primeiro orientador, por ter iniciado esse projeto comigo.

RESUMO

A presente monografia possui por objeto o estudo da eficácia vinculante do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, a partir de ampla pesquisa bibliográfica, aborda um estudo, utilizando-se das técnicas do Direito Comparado, de distintos ordenamentos jurídicos do Direito Ocidental adotantes das famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*. Assente nestas noções, analisa-se o advento do sistema de precedentes no ordenamento processual brasileiro, mais especificamente após o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, realizando uma breve explanação sobre a Teoria Geral dos Precedentes. Por derradeiro, é feita a conclusão desta pesquisa, discorrendo sobre a controvérsia doutrinária e jurisprudencial presente ainda hoje no Direito Brasileiro, quanto à eficácia vinculante (ou não) do rol do artigo 927 do NCPC, tecendo considerações a respeito dos procedimentos adotados pelos Tribunais Superiores brasileiros na aplicação dos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Eficácia Vinculante. Código de Processo Civil de 2015. Direito Comparado. Civil Law. Common Law.

ABSTRACT

The intention of this monograph is to study the binding efficacy of the role of Article 927 of the Civil Procedure's Code of 2015. For this purpose, based on extensive bibliographical research, the study approach uses the techniques of Comparative Law, from different legal systems of Western Law adopters of the legal families of Civil Law and Common Law. Based on these notions, we analyze the advent of the system of precedents in Brazilian procedural law, more specifically after the advent of the New Code of Civil Procedure in 2015, brief explanation on the General Theory of Precedents. Lastly, the conclusion of this research is made, discussing the doctrinal and jurisprudential controversy still present in Brazilian Law, regarding the binding effectiveness (or not) of the role of article 927 of the New Civil Procedure's Code, making considerations regarding the procedures adopted by the Superior Courts Brazilians in the application of judicial precedents.

Keywords: Judicial precedents. Binding Effectiveness. Code of Civil Procedure of 2015. Comparative law. Civil law. Common Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO COMPARADO E SUA TEORIA: CIÊNCIA OU MÉTODO?	11
1.1. A INTERAÇÃO ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS NO DIREITO OCIDENTAL	13
1.2. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO JURÍDICA E A IMPORTAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	17
1.3. SITUAÇÃO DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA E SITUAÇÃO NO BRASIL COM A CHEGADA DOS PRECEDENTES	19
2 DIFERENÇAS DE CRITÉRIOS ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS	23
2.1. A CONVERGÊNCIA DAS FAMÍLIAS JURÍDICAS – UMA CRISE NOS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO	30
2.2. OS SISTEMAS DO <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> ATUALMENTE	33
3 A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ART. 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	37
3.1 INTRÓITO: UMA BREVE TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES	37
3.1.1. Distinções conceituais na teoria geral dos precedentes: uma análise necessária	42
3.2. A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: UM PANORAMA HISTÓRICO-DOCTRINÁRIO DESDE A FORMAÇÃO DO IMPÉRIO ATÉ O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	44
3.3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O Sistema de Precedentes, disposto, em sua maioria, nos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil de 2015, refere-se a uma decisão judicial que implantou a tese jurídica paradigma, devendo ser seguida pelos próximos julgados em casos idênticos, formando, assim, a própria norma jurídica que se tornará parâmetro decisório para os futuros vereditos.

O novo diploma processual difere-se do anterior por instituir, de forma expressa e individualizada, um rol de precedentes a ser seguido pelos Tribunais. No livro III do Código de Processo Civil de 2015, por meio de capítulo “Da ordem dos processos e dos processos de Competência originária dos tribunais”, o legislador estabeleceu a uniformização da jurisprudência dos Tribunais com o objetivo de torná-las estáveis, íntegras e coerentes; elencou, no art. 927, um rol de dispositivos nos quais os juízes e tribunais observarão; e, por fim, conceituou o que são os julgamentos repetitivos.

Assim, embora haja parco material difundido, tendo em vista a divergência de opiniões sobre o tema e o breve lapso de tempo transcorrido entre a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e a atualidade, esta monografia possui um caráter inovador, pois procura abranger o mais novo instituto recém implantado pelo advento do NCPC: o sistema de precedentes e a eficácia vinculante de suas decisões no ordenamento jurídico brasileiro. E dessa forma, espera contribuir com novos estudos para a área.

Diante do surgimento deste novo instituto processual, os operadores do direito passaram a indagar acerca da utilidade das decisões judiciais agora chamadas de paradigmas – teriam elas eficácia vinculante ou seriam meros instrumentos de persuasão para o julgador?

A priori, é possível sustentar a eficácia vinculante do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 em virtude da visível da locução “deverão” ao invés de “facultarão” ou até mesmo “poderão”. Contudo, verifica-se indispensável averiguar de forma detalhada e fundamentada as peculiaridades, muito além da dialética, de que lhe são inerentes esta novidade processual advinda com o novel código.

Por esta razão, esta pesquisa elege como objetivo geral o estudo do Sistema de Precedentes com o surgimento do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que tange à eficácia vinculante do rol do art. 927 do Diploma Legal.

Com o fim de alcançar o objetivo geral proposto e definir os contornos do tema, tem-se como objetivos específicos explicar o fenômeno da interação dos sistemas jurídicos, com destaque à recepção jurídica; em seguida, compreender, por meio do estudo do Direito

Comparado, o instituto do precedente na tradição jurídica do *civil law* e do *common law*, destacando-se semelhanças e diferenças; e, por fim, examinar a Teoria dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro.

Para o alcance dos objetivos especificados, será utilizado como referencial metodológico, inicialmente o método comparativo para análise das famílias jurídicas nos distintos ordenamentos jurídicos do Direito Ocidental. Posteriormente, será feita uma pesquisa histórico-bibliográfica em livros e periódicos para o entendimento das razões históricas que oportunizaram o surgimento dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro. E, por fim, será utilizado o método dedutivo, com abrigo na doutrina especializada em Direito Processual Civil Brasileiro, para a compreensão sobre as questões de direito do presente trabalho.

O primeiro capítulo desta obra destina-se a abordar o Direito Comparado e sua teoria, analisando suas distintas correntes a respeito das técnicas processuais utilizadas para, ao final, chegar à conclusão quanto a sua natureza, seja ela uma ciência do direito ou um método de aferição de pesquisa. Ainda neste capítulo, será explanado acerca dos fenômenos de interação entre os sistemas jurídicos no Direito Ocidental, especialmente as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*. Por derradeiro, será estudado o fenômeno da recepção jurídica e da importação dos precedentes judiciais, com destaque para a situação do direito na América Latina e a conjuntura brasileira com a chegada dos precedentes.

O segundo capítulo, por sua vez, iniciará explanando sobre as diferenças de critérios entre as famílias jurídicas. Após, será analisado a convergência das famílias jurídicas, com ênfase aos critérios de diferenciação que costumeiramente são atribuídos a elas, ponto este que será discorrido com um viés crítico. Ao final, será explanado sobre os sistemas do *civil law* e do *common law* na atualidade.

Por fim, com base no referencial teórico construído, no último capítulo será abordado o tema principal da presente monografia, através de uma breve Teoria Geral dos Precedentes, onde serão esclarecidos alguns conceitos essenciais para compreensão da temática. Ato contínuo, serão realizadas algumas distinções conceituais que comumente são confundidas quando se tratam de decisões vinculativas na sistemática do Direito Processual Civil Brasileiro. Após, será explanado sobre a formação dos precedentes no Direito Brasileiro, para, finalmente, atingir o cerne desta pesquisa, discorrendo sobre a eficácia vinculante do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

1 DIREITO COMPARADO E SUA TEORIA: CIÊNCIA OU MÉTODO?

O Direito Comparado torna oportuno aos estudantes – e à academia em geral – novas descobertas, oferecendo-lhes regras e sistemas distintos dos quais estão habituados. Ele proporciona ao jurista um conhecimento ampliado e uma compreensão aprofundada do seu próprio direito, cujas características particulares se evidenciam, mais ainda, através de uma comparação com o direito alienígena.

Seus objetivos específicos são, sucintamente, de acordo com Zweigert e Kotz (2011, p. 59): a) proporcionar ao jurista o conhecimento pleno da ciência que se compara; b) auxiliar o legislador; c) instrumentalizar a interpretação do direito nacional; d) servir como ferramenta de formação jurídica e; e) preparar os processos de unificação do direito no plano internacional ou supranacional.

Entretanto, não obstante tal disciplina do Direito estar em voga desde meados de 1900 no mundo jurídico-doutrinário (ANCEL, 1980, p. 24) com o advento do Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris (FRA), ainda hoje há controvérsias acerca da classificação atribuída ao Direito Comparado. Seria ele uma ciência autônoma ou simplesmente um método de comparativo?

Esse questionamento ganhava proporções diferentes de acordo com a família jurídica em que se instalava. Para a doutrina anglo-saxã, costumeiramente pragmática e sucinta, tal problema não tinha grande importância, pois nesse sistema são apreciados os resultados gerados pelo direito – seja ele método ou ciência – pouco importando todas as outras discussões.

Para doutrina romano-germânica, no entanto, a questão não era de todo modo tão simplificada. Raymond Saleilles, jurista francês, chegou a encarregar uma sessão especial do Congresso de Paris para estudar as questões de concepção e definição do Direito Comparado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 285).

Superadas as premissas históricas do tema, método pode ser conceituado como um conjunto de fases racionais e sucessivas, para alcançar um objetivo pré-fixado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 284). Para Marc Ancel (1980, p. 180), o Direito Comparado é um método, sendo ele do tipo comparativo, embora reconheça não existir apenas uma única forma. De acordo com o autor, o método comparativo não é estático, tendo sido, logicamente, modificado ao longo do tempo. Há, ainda, os métodos descritivo, técnico, estrutural e funcional.

Para essa teoria, o método comparativo possui quatro fases: inicialmente é realizada uma análise, essencialmente analítica, para a decomposição dos elementos. Depois, é efetuada a comparação de cada componente separadamente, identificando suas semelhanças e diferenças entre os elementos em comparação. Na terceira fase é elaborada a síntese dos resultados

anteriores e, na quarta e derradeira etapa, são apreciados criticamente os resultados, sendo ela essencial para que o conjunto de informação obtido possa ser tratado criteriosamente.

Além disso, é necessário ressaltar que *comparatum* é o elemento ou o objeto que se pretende comparar, *comparandum* é o objeto com o qual se pretende confrontar o primeiro objeto, enquanto que *tertium comparandum* é o terceiro elemento da comparação, o elo de ligação entre eles. Exemplificando, em um plano hipotético entre contratos regidos pelos direitos brasileiro e peruano, o *comparatum* seria o peruano e o *comparandum* seria o brasileiro (ANCEL, 1980, p. 181).

Segundo Leontin-Jean Constantinesco (1998, p. 288), considerando que o Direito Comparado tem como função precípua o confronto das normas jurídicas pertencentes a sistemas jurídicos diferentes com o fim de evidenciar a equivalência ou a diversidade de soluções, seu *modus operandi* sempre será um método, nunca uma ciência.

No entanto, há ainda, aqueles que defendem o Direito Comparado como uma ciência do Direito e não, tão somente, como um método. Para Dantas (1997, p. 13), a disciplina é uma ciência, uma vez que é necessário utilizar os métodos apreendidos, analisando-os e adequando-os ao caso concreto para, finalmente, compará-los.

A justificativa para isso seria, consoante o renomado autor, que a distinção entre o direito e a ciência do direito não está clara para a maioria dos juristas, pois rotineiramente há discussões sobre o direito ter ou não caráter científico, tendo em vista ele não ser racional, como as ciências exatas, sendo, portanto, um objeto de conhecimento.

O Direito Comparado seria, dessa maneira, o ramo sobre o processo do ordenamento jurídico, é dizer, uma comparação de sistemas jurídicos distintos e não um simples conjunto de regras aplicáveis a uma matéria determinada, ligado a ciência do direito em geral.

Mauro Cappelletti (1993, p. 13-42), ao tratar sobre a difusão do Direito Comparado, elencou quatro acontecimentos que, em sua visão, originaram-se da expansão dessa ciência do direito. Primeiramente houve o aumento extraordinário dos intercâmbios pessoais, econômicos e culturais entre as nações. Posteriormente, ocorreu o crescimento da relevância da natureza transnacional dos fenômenos. Depois, sucedeu a afirmação de certos valores no nível transnacional, com destaque aos direitos humanos e, por fim, houve o crescimento da tendência de criar organizações políticas e econômicas multinacionais.

Em verdade, em concordância com os defensores de que tal disciplina seja uma ciência, ela nunca será um ramo do direito positivo, como se conhecem o Direito Civil ou Penal, mas pode ser uma ciência autônoma se justificar um objeto e âmbito próprios. Para ele, seria

um método se fosse levado em conta somente o critério de micro comparação¹ e não o da macro comparação².

Embora para o autor não haja dúvidas quanto ao caráter científico do Direito Comparado, ele elenca uma série de sensíveis críticas justificando o porquê ainda não houve a sua consolidação enquanto ciência. Inicialmente, porque os estudiosos sempre produziram a micro comparação, método incapaz de gerar efetivas condições da ciência enquanto autônoma. Por fim, com a geração de infinitos micro resultados, os juristas não sabem como utilizá-los e, portanto, classificá-los e ordená-los.

Nesse sentido, apesar dos argumentos coesos de que o Direito Comparado seria tão somente um método de comparação aplicável aos sistemas jurídicos diferentes, verifica-se a sua atuação como, de fato, uma ciência do Direito. Esse raciocínio leva a crer, na verdade, que é necessária toda uma preparação metodológica e específica, analisando os contextos histórico, político e cultural da região, para que haja a total compreensão do direito comparado, daí porque conclui-se como ciência e não apenas um método.

O Direito da França no Século XVIII, sob o contexto da Revolução Francesa, por exemplo, era avesso às ideias de utilização da jurisprudência dos Tribunais, haja vista o descontentamento e descrédito que os Magistrados e suas decisões tinham perante a população. Dessa maneira, a análise da predileção do Direito Francês pelas leis – em oposição as decisões jurisprudenciais, só pode ser realizada após um conhecimento histórico-social da região, reforçando a tese de que o Direito Comparado é uma ciência e não um método.

1.1. A INTERAÇÃO ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS NO DIREITO OCIDENTAL

As famílias jurídicas são, por definição, comunidades interpretativas que ultrapassam as fronteiras geográficas. No plano interno da mesma família ideológica, os juristas devem trabalhar em conjunto objetivando a criação e o fortalecimento de um direito científico.

Conquanto sejam os dois principais sistemas jurídicos do Ocidente (ZAMPINI, 2017), os contextos de surgimento da *civil law*, através da Família Romano-Germânica e do *common law*, com a Família Anglo-Saxã, eram totalmente diferentes. Os valores calvinistas deram origem a um comportamento racional que contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo e exigiu um direito racional e previsível aos ingleses. Na tradição de *civil law*, as decisões judiciais seriam

¹ Confronto de regras ou institutos jurídicos pertencentes a ordenamentos diferentes. Seu objetivo de análise é limitado e o resultado é necessariamente fragmentado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 328).

² É o destaque das reais características das ordens jurídicas. Os objetos de pesquisa da ciência dos direitos comparados devem ser um elemento jurídico isolado. Seu objetivo é descobrir as estruturas determinantes que formam o núcleo central dos ordenamentos (CONSTANTINESCO, 1998, p. 328).

estáveis e seguras quanto a lei, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto.

A Família Romano-Germânica teve origem na civilização grega, contudo seu crescimento expandiu-se para o que hoje chamamos de Europa Continental, abrangendo os países latinos (Portugal, Espanha, França e Itália), germânicos (Alemanha, Áustria e Suíça), benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo), eslavos (Eslováquia, Hungria, Polônia, República Checa e Rússia) e do sudeste europeu (Grécia e Turquia) (VICENTE, 2014, p. 138).

O considerável crescimento desse sistema jurídico romano-germânico se deu, na análise de Dário Moura Vicente (2014, p. 97), devido a certa esfera de liberdade individual que permitia ao cidadão romano reger com autonomia a sua pessoa e os seus bens, além da flexibilidade e abertura à inovação e o princípio da tipicidade, no qual só se obtinha guarida na tutela judiciária aquela pretensão que correspondesse, de fato, a uma ação.

Até hoje permeiam, como características da Família Romano-Germânica, a adoção da codificação de suas leis, sendo elas fontes imediatas do Direito Romano, a justiça no caso concreto, ou seja, os Tribunais não têm poderes para aplicar a equidade na falta de disposição legal, a existência de uma delimitação entre o direito público e o privado, além da evidente distinção entre os direitos material e processual, objetivo e subjetivo.

Quanto a utilização de jurisprudências, no *civil law* não há precedentes judiciais obrigatórios e, embora eles tenham um papel primordial no desenvolvimento legislativo, sua participação nas decisões singulares advém justamente da repetição de seus julgados.

Todavia, na França há uma particularidade: a criação de normas jurídicas pelos Tribunais foi tida como contrária à separação de poderes postulada pela ideologia triunfante. Sobre a natureza dessa jurisprudência, o autor escreve:

A questão não é pacífica na doutrina francesa. Para uns, tratar-se-ia de uma simples autoridade, dotada essencialmente de força persuasiva. Para outros, a jurisprudência constituiria uma verdadeira fonte de Direito, ainda que uma “fonte oculta” ou “excepcional”: a par do Direito legal, haveria, pois, em França, um Direito jurisprudencial, ainda que subordinado à lei. (VICENTE, 2014, p. 165).

E continua:

Nisto se distingue a jurisprudência francesa do precedente judicial inglês, de que nos ocuparemos adiante. No Direito inglês, como veremos, a *ratio decidendi* de uma sentença dos tribunais superiores tem, por força do princípio do *stare decisis*, o valor de uma sentença obrigatória. Só em casos excepcionais pode essa regra ser modificada.

(...) Eis por que, em caso de contradição, prevalece sempre em Inglaterra a *decisão mais antiga*.

A esta luz, havemos pois de concluir que não há em França precedentes judiciais vinculativos como aqueles com que deparamos em Inglaterra. (VICENTE, 2014, p. 166) (grifos do autor).

A família jurídica do *common law*, por sua vez, é o conjunto de sistemas que tem como base o Direito Comum, criado pelos tribunais ingleses a partir do Século XI e objetivava a igualdade dos seus cidadãos mediante aplicação das decisões de casos concretos já julgados aos casos futuros, desde que os fatos lhes sejam semelhantes.

O sistema inglês, que tem como característica a aplicação da tradição e dos costumes, elaborou a teoria do *stare decisis*, na qual prevê a eficácia vinculante da *ratio decidendi*, isto é, a razão de decidir dos precedentes judiciais, sejam eles de forma vertical ou horizontal (mesmo tribunal ou tribunais superiores).

Ressalte-se que não se detecta, pelo menos de forma notória, o princípio da legalidade no *common law*. Ainda que a lei seja fonte de direito desse sistema, é possível falar em preponderância da aplicação de decisões consolidadas ao caso concreto. “A legalidade – se é que existe no *common law* – subsume-se como um aspecto do princípio, amplo e configurador do processo devido.” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 104).

O *common law* existe ainda hoje nos Estados Unidos da América (EUA) porque a maioria das treze colônias eram originárias da Inglaterra e, por via de consequência, a língua e cultura inglesas se acham profundamente enraizadas. O *approach*³, *rule of law*⁴, *stare decisis* e a distinção entre *common law e equality*, por exemplo, são heranças do direito inglês

Merecem destaque, também, algumas características gerais da corte Suprema Americana, como o federalismo, a complexidade do sistema jurídico e o meio de resolução de seus conflitos – cada Estado nos EUA têm a sua própria organização judiciária, sendo o modelo mais comum aquele em que há um Supremo Tribunal, nos moldes do STF Brasileiro, um Tribunal de Apelação e os Tribunais de Primeira Instância.

Vigora no país a *full faith and credit clause*, ou seja, um tribunal não está obrigado a reconhecer automaticamente as sentenças proferidas por outros estados. Entretanto, subsiste o princípio do *stare decisis* para as decisões constitucionais da Corte Suprema, isto é, a regra aplicada por uma Corte deve ser observada subsequentemente em casos análogos, constituindo

³ Movimento de aproximação entre o Common Law e o Continente Europeu.

⁴ Igualdade de acesso aos Tribunais por parte dos cidadãos para defenderem os seus direitos de acordo com os princípios de direito comum dos ingleses e perante qualquer entidade.

um precedente vinculativo para os tribunais inferiores.

Ressalte-se, também, que embora a utilização de um precedente aplique-se apenas para os casos submetidos ao direito local, a jurisprudência de certos estados como Nova Iorque e Califórnia tende a possuir especial valor persuasivo na decisão de casos submissos a tribunais de outros estados, gerando, assim, a ocorrência de dois tipos de precedentes: os obrigatórios e os persuasivos.

O autor Dário Vicente Moura (2014, p. 316) acentua que para ter um *writ of certiorari* (caso julgado pela Corte Americana), é necessário que o recorrente não esteja em busca de um mero conselho; tenha um argumento plausível que justifique a manifestação àquela Corte Excepcional; não haja alternativas judiciais disponíveis; as partes sejam realmente adversárias e, por fim, a questão não pode ser estritamente política. A aceitação (ou não) do caso acontece de forma empírica, tendo os juízes da Corte a total liberdade de não aceita-lo.

Contrariamente à Corte Inglesa, conforme se verá adiante, a Suprema Corte dos Estados Unidos possui sua organização em *banc*, todos os seus nove juízes participam de todos os casos submetidos à apreciação, exceto quando algum deles se declara impedido. Também de maneira oposta à Suprema Corte do Reino Unido, a Corte Americana possui competências originárias e recursais, sendo estas tanto de fato quanto de direito e aquelas relativas a embaixadores, ministros e autoridades consulares quando envolvidos um Estado.

A Suprema Corte do Reino Unido foi criada em 2003, através da *Constitutional Reform Act*, na gestão do Primeiro Ministro Tony Blair, onde foram transferidas todas as competências judiciais que eram até então da *House of Lords*. Possui, como principal competência, a análise de recursos envolvendo matérias cíveis de todos os países que compõem o Reino Unido e matérias criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, excluindo-se a Escócia que possui Tribunal Criminal de última instância próprio (BRANDÃO, 2017, p. 770).

Diametralmente oposta à Suprema Corte Americana, a britânica estrutura-se em *panels*, onde juiz julga os processos de acordo com sua especialidade. Além disso, o acesso à Corte Inglesa é mais estreito, uma vez que ela não possui competências originárias, ao contrário dos Estados Unidos. Por fim, um cidadão só poderá levar um caso à Corte do Reino Unido na ocorrência de ela proferir uma decisão que o afete diretamente, do contrário, não são permitidas intervenções de terceiros interessados.

Assim, realizada a análise das duas famílias jurídicas – *civil law* e *common law* -, entende-se, um pouco mais, a diferença na aplicação dos precedentes judiciais. Enquanto que para o sistema romano-germânico a desconfiança na magistratura levou-os a temer a vinculação das decisões dos tribunais, para o sistema anglo-saxão a federalização e limitação dos casos as

Cortes Superiores gerou uma espécie de “sacralidade” na decisão proferida pela instância máxima de poder.

1.2. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO JURÍDICA E A IMPORTAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Inicialmente, através da leitura de Sgarbosa (2008, p. 152), a recepção jurídica conceitua-se como o ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas, os princípios jurídicos ou até mesmo instituições jurídicas de outro ordenamento. Destaca-se que estas normativas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas a respeito de sua forma, eis que trata de outro diploma normativo.

O legislador examina a solução pretendida por um ou mais ordenamentos estrangeiros e adota como modelo a solução que afere ser a mais adequada, editando um ato normativo no qual incorpora, por tal veículo, ao ordenamento nacional a solução preconizada

Essa recepção se aplica também à doutrina e a jurisprudência, e não somente ao legislativo. Elas não são anunciadas pelos seus precursores, ao revés, são realizadas paulatinamente, com a simples adoção do entendimento aos poucos. Atualmente há indicadores de que os dois primeiros tipos de recepção venham exercendo um impacto muito maior no direito interno em relação à recepção legislativa (SGARBOSA, 2008, p. 169).

Sobre o fenômeno da recepção doutrinária e jurisprudencial, são as considerações do autor:

Com efeito, para que se possa afirmar ter havido *efetiva* recepção de direito teórico-doutrinária não parece idônea buscar sustentar tal recepção por meio de *posição isolada* ou *muito minoritária* na doutrina.

Parece acertado entender que, para se ter verificado *efetiva* recepção de direito pela via doutrinária é necessário que a construção teórica alienígena tenha sido adotada pela *doutrina majoritária* ou, quando menos, por *parte importante* ou *considerável da doutrina*.

Não assim por posição *absolutamente isolada*, no particular, ou *francamente minoritária* a ponto de não expressar parcela expressiva da doutrina sobre o tema.

Isso porque, para que se possa imputar à doutrina ter ela operado uma *verdadeira* recepção de direito faz-se necessário que se verifique tal posição, ainda que minoritariamente, se tenha incorporado entre os juristas, por obra da doutrina (SGARBOSA, 2008, p. 169).

A recepção jurídica, de acordo com a classificação de Sgarbosa (2008, p. 166), está dividida em temporal, ligada a um novo ordenamento constitucional, e espacial, sendo que estas

subdividem-se em globais, parciais e ecléticas.

A recepção global acontece em um ordenamento inteiro (ou grande parte desse, como um código inteiro), sendo recepcionado por outro, também globalmente. Já a recepção parcial ocorre quando um sistema jurídico nacional recepciona apenas parte de outro, como, por exemplo, seus institutos e suas regras. E, finalmente, a recepção eclética acontece quando é proveniente de dois ou mais ordenamentos estrangeiros.

A importação jurídica consciente, uma segunda forma de classificação, envolve todo o gênero de importações feitas mais ou menos deliberadamente, ou seja, é a promoção de determinado sistema, através da cópia/imitação de seus elementos, gerando a recepção legislativa.

A importação jurídica inconsciente, por sua vez, são as que ocorrem mesmo que não sejam deliberadamente planejadas ou executadas, mas se desenvolvem, paulatinamente, afetando concepções e categorias, referências e estilos jurídicos, de modo em que há contaminações jurídicas.

Em consequência à importação jurídica advinda dos ordenamentos alienígenas, ocorre, paralelamente a isso, o fenômeno da mutação jurídica, sendo ela a informal mudança da Constituição, por meio da qual são atribuídos novos sentidos até então não ressaltados à letra da *lex legum*, criando-se não uma cópia idêntica do modelo imitado, mas uma “versão híbrida”. Sobre o tema, analisa Luís Fernando Sgarbosa (2008, p. 176-177):

Ocorre que, dada a invariável diversidade entre os múltiplos ordenamentos jurídicos nacionais, e tendo-se em mente a *irradiação sistêmica das normas umas sobre as outras* (de um ponto de vista teórico positivista e sistemático) ou a *dimensão cultural da norma* (de um ponto de vista culturalista), imediatamente ao entrar em seu vigor a norma importada, ela sofre mutação, em maior ou menor grau.

Ou seja, ainda que o suporte da norma (dispositivo, texto de lei) permaneça *cópia literal* da *norma-modelo* ou *lei-matriz* estrangeira na qual foi inspirada pelo legislador, ou aí da que se trate de *mera tradução, também literal, assim que ingressa e começa a vigor no novo ordenamento, sofre os influxos deste* – sejam normativos, sejam culturais em sentido amplíssimo – e, *não raro, passa a ter alcance e sentido, enfim, significado diverso daquele que possuía no ordenamento jurídico no qual originou-se*, pelo simples fato da diversidade dos ordenamentos e contextos jurídico-político-sociais.

Na América Latina, segundo Jorge Esquirol (2016, p. 257), o fenômeno da recepção jurídica originou algumas das imagens mais duradouras, perpetradas até hoje sobre o direito da região, como, por exemplo, a desconexão entre o direito e as particularidades sociais dos povos

latino-americanos, o que levou, posteriormente, a oposição da sociedade contra a transformação social por meio dos próprios sistemas jurídicos.

Os pensadores periféricos, isto é, aqueles localizados nos países não-referências, que estão distantes geograficamente dos grandes centros, possuem certa influência da Europa e do seu providencialismo, que não permite enxergar o pensamento da própria região e do resto do mundo periférico (DEVÉS-VALDÉS, 1997, p. 33).

Tal hegemonia europeia sob os países periféricos, portanto, ocasiona o chamado isolamento cultural - para cada país periférico há apenas si e a Europa. Não existe, para o brasileiro, o pensamento chileno ou o peruano, mas, tão somente, o europeu e o próprio brasileiro.

A vista disso, para Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 03), a Corte Suprema – seja ela de qualquer país – parte do pressuposto de que a lei é insuficiente para corporificar a ordem jurídica e de que a sociedade necessita de um direito que dependa do alinhamento das atividades do Legislativo e do Judiciário.

Assim, a igualdade, a imparcialidade, a coerência do direito e a segurança jurídica são as justificativas da necessidade de precedentes obrigatórios, devendo os juízes e tribunais inferiores resolverem os casos e, apenas na hipótese de anteceder a pronúncia da Suprema Corte, dizer sobre o sentido de uma questão de direito federal ou sobre a interpretação de um texto legal.

Nesse sentido, a *ratio decidendi*, a respeito dos jurisdicionados, devem ser por eles conhecidas para que, só então, se pautem de acordo com o direito. De igual maneira são as razões determinantes, que obrigam os Tribunais Ordinários a oportunidade de analisar se o caso *sub judice* se amolda ao precedente em questão. É a partir das razões determinantes que se pode trabalhar com a técnica do *distinguish*, limitando-se ou estendendo-se a aplicação do precedente.

1.3. SITUAÇÃO DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA E SITUAÇÃO NO BRASIL COM A CHEGADA DOS PRECEDENTES

As doutrinas europeias são uma importante fonte de direito na América Latina. No entanto, não se pode olvidar que, de modo algum, são os únicos elementos nas academias latino-americanas. Os trabalhos de importantes juristas na forma de tratados, livros, artigos ou comentários são considerados fontes subsidiárias de direito.

O chamado europeísmo latino-americano seria, por definição, uma maneira de pensar e fazer o direito. Ele apresenta um ponto de vista de direito liberal em que a própria ciência

jurídica seria idealizada conjuntamente aos países da Europa continental. Essa visão do direito, de acordo com Esquirol (2016, p. 31), é apresentada como uma característica interna própria dos sistemas jurídicos da América Latina.

Isso porque, historicamente, os países da América Latina foram colônias europeias durante trezentos anos. A vista disso, a partir da segunda metade do século XIX os latino-americanos transportaram uma série de códigos europeus e no início do século XX ainda continuavam absolvendo instituições, normas, procedimentos, além de consolidar o próprio discurso europeísta no continente, pouco importando que isso não coincida com as práticas jurídicas da Europa.

Aliado a isso, Esquirol (2016, p. 290) diagnostica que o excesso de formalidades jurídicas constituía o principal empecilho ao crescimento e à redistribuição de riqueza na América Latina. O direito estatal, por seu turno, era visto como algo que trabalhava separadamente as necessidades e características das sociedades latino-americanas. Tinha-se, em verdade, uma distância entre o direito escrito, chancelado pelo Estado, e o direito vivo – as regras que de fato eram praticadas pela população.

O panorama de tentativa da “modernização” do pensamento começa a ganhar contornos mais definidos a partir do movimento pelo pensamento periférico, é dizer, o pensamento que tem sempre como referência o centro. Assim, quando um autor do “centro” (países desenvolvidos) pensa em seu país, não pensa em um país periférico como referência, pois eles são a sua própria referência.

Entretanto, um autor de um país periférico (como o Brasil, por exemplo) pensa no seu próprio pensamento, todavia, sempre remeterá a um país do centro como referência, seja para ser como ele, seja para ser diferente dele e reafirmar a sua própria identidade.

A vista disso, ainda sob a égide dos primórdios da Era Republicana Brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é marcada por uma maciça influência norte-americana ou, até mesmo, de países com maior experiência constitucional na República, como a vizinha Argentina.

No Brasil, o ponto nodal para o início da importação de precedentes alienígenas foi o caso da “Liberdade de Imprensa e o Estado de Sítio”, na segunda década do Século XX, no qual o STF utilizou-se de argumentos da Suprema Corte dos Estados Unidos para conceder o *Habeas Corpus* impetrado por a Ruy Barbosa (HORBACH, 2015, p. 195).

Desse fato até os dias de hoje, a própria jurisdição constitucional brasileira evoluiu consideravelmente, tanto no sentido legislativo quanto jurisprudencial, sob o panorama de

experiências estrangeiras, conforme percebe-se através dos autores e precedentes citados em votos da própria Corte Suprema Brasileira, trocando os nomes americanos pelos europeus.

Carlos Batisde Horbach (2015, p. 205) analisou a ADI 3.51059⁵, em que o Supremo analisou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, voto este em que os primeiros recursos a elementos estrangeiros se fizeram presentes no voto da Ministra Ellen Gracie, cuja argumentação parte da referência ao *Human Fertilization and Embriology Act*, edição do parlamento britânico no ano de 1990.

No entanto, o que se conclui pelo voto da Ministra Ellen Gracie, é que o exame se inicia com menções a dados oficiais acerca do direito inglês e australiano, contudo, sem que haja indicação de quais são as semelhanças e diferenças que tornam a comparação mais ou menos adequada a auxiliar a controvérsia em debate no Supremo Tribunal.

Já o voto dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes tiveram, respectivamente, menções a experiências estrangeiras com células tronco e um exame comparado não do tema de fundo na discussão da ADI 3.51059.

Nesse sentido, verifica-se, através da mencionada análise, que a utilização do Direito Comparado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil não teve o propósito de apurar referenciais comuns que orientem, de fato, a compreensão da constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Ao contrário, tratou-se, exclusivamente, de uma descrição dos textos legais estrangeiros.

No Brasil, especificamente, percebe-se que a experiência do STF em Direito Comparado está muito aquém dos padrões teóricos desejáveis pelos estudos e práticas comparativistas pois, apesar de serem receptíveis à contribuição do direito estrangeiro através da importação de institutos, ainda falta considerável aprofundamento dos conhecimentos dos ordenamentos jurídicos de quem lança mão em suas decisões.

Dessa forma, consoante a análise crítica do Direito Comparado como uma ciência, ultrapassando o exame das famílias jurídicas do *common law* e *civil law*, verificando o fenômeno da recepção/importação dos sistemas jurídicos para, enfim chegar-se à análise da situação do direito na América Latina e, especialmente da importação dos precedentes no Brasil, conclui-se que não se trata de falar de um direito falido aquele em que importa os

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 09 set. 2018.

entendimentos estrangeiros mas, tão somente, que a ficção do direito latino-americano funciona de maneira peculiar, conforme se verá nos capítulos posteriores.

2 DIFERENÇAS DE CRITÉRIOS ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS

A afirmação de que existe uma heterogeneidade dos sistemas jurídicos atualmente reveste-se de um sofisma. Na obra *Interpreting Precedents* dos autores Neil MacCormick e Robert Summers (1997), todas as jurisdições da *civil law* que foram estudadas reconhecem a qualidade vinculante - ou ao menos persuasiva - dos precedentes na prática, ainda que não em teoria, denotando, assim, uma forma de aproximação entre os sistemas.

Nesse sentido, embora não se possa falar hoje em dia sobre uma família jurídica pura e livre de influências externas, ainda persistem características originárias capazes de distinguir os sistemas jurídicos da *civil law* e do *common law*, que serão levantadas a partir de agora.

O clássico das diferenças entre as jurisdições de *civil law* e *common law* é que as primeiras, em razão da separação dos poderes, geralmente não admitem a utilização do precedente judicial como uma fonte independente do direito. Entretanto, tal característica não significa que a jurisdição civil não reconheça, seja implícita ou explicitamente, o poder persuasivo dos precedentes, sejam em decisões judiciais individuais ou em linhas de decisões consistentes, o que se chama de *jurisprudence constante* (MACCORMICK, 1997, p. 215).

Nesse contexto, verifica-se que no *civil law*, embora não haja uma lei obrigativa, permanece até os dias de hoje em larga escala a prática dos Tribunais Inferiores em seguirem as decisões da Suprema Corte. MacCormick (1997, p. 216) ressalta que a influência do precedente na civilista Suécia é mais intensa do que o que ocorre na Inglaterra, o conhecido berço do *common law*.

Esse retrato inesperado se deu porque no *civil law* há um efeito persuasivo de fato, isto é, não existe a vinculação propriamente dita dos precedentes como no sistema Anglo-Saxão, mas, não obstante a isso, essa força motriz ainda é muito presente no sistema jurídico.

Por esse panorama, a explicação dos países da *civil law* para utilizar os precedentes – embora, repisa-se, não reconheçam sua eficácia vinculante – é a de que todos os países (exceto a França, como se verá adiante), adotam grandes discussões e justificativas na razão de decidir – a *ratio decidendi* de suas decisões.

Dessa forma, as cortes civilistas costumeiramente baseiam-se em decisões anteriores para demonstrar que, apesar de circunstâncias diferentes, possuem os mesmos termos de igualdade de tratamento, coerência do sistema legal e consistência das regras da Corte, demonstrando, assim, uma imagem de jurisprudência consolidada.

Nesse ponto, há de se fazer um parêntese para desenvolver um raciocínio histórico que embasará a próxima questão a ser levantada: antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês organizavam uma classe aristocrática sem qualquer compromisso, na qual

mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, principalmente, com a aristocracia feudal.

Naquela época, os cargos judiciais eram comprados ou herdados, o que fazia supor que a “vaga” de magistrado deveria ser usufruída como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais, sem qualquer tipo de imparcialidade.

Daí porque a França, influenciada por esse contexto histórico herança da descrença no Poder Judiciário, não conta até hoje com precedentes interpretando suas leis, não havendo, assim, uma considerável “reciclagem” do direito gálico entre os tempos, tendo em vista que, para os franceses, apenas a lei pode determinar uma decisão e não o julgamento das Cortes (MARINONI, 2016, p. 42).

De acordo com Marinoni *apud* Montesquieu (2016, p. 56), o poder de julgar deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual e não produtora de novos direitos, não sendo limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva. Assim, o poder dos juízes se restringiria a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas um “texto exato da lei”. Para isso, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas.

Ao contrário dos países que utilizam a *common law* – nos quais a *ratio decidendi* do caso é identificada e analisada em momento anterior ao plano de fundo completo do caso paradigma -, no *civil law* não há, de sobremaneira, uma análise minuciosa sobre a aplicação do precedente ao caso concreto, de forma que quando o contexto em que se inspira é identificado e, constatadas suas semelhanças, facilmente é utilizado como decisão paradigma.

A tradição do *common law*, por sua vez, com o Direito Anglo-Saxão e o *stare decisis*, está bem viva no Mundo Novo (MACCORMICK, 1991, p. 487). No Reino Unido, a intensa aplicação dos precedentes pelos tribunais é, pelo menos em parte, explicável pela Supremacia Parlamentar construída ao longo dos anos da *common law* e, mais ainda, pela facilidade que possui a Corte Britânica em corrigir ou anular as decisões judiciais quando não estiverem de acordo com a jurisprudência em voga aplicada ao caso.

MacCormick (1991, p. 488), explica que essa “destreza”, característica especialmente dos Tribunais Britânicos, para corrigir ou anular decisões judiciais, é oriunda da existência de três tipos de teorias sobre a manutenção dos precedentes, a saber, a Teoria Declaratória, Teoria do Legislador e a Teoria Determinativa, sobre as quais far-se-á, neste momento, uma breve elucidação.

Corrente majoritária no Reino Unido e nos Estados Unidos, a Teoria Declaratória trata, em síntese, dos precedentes como evidências da lei, ou seja, elevou os próprios costumes à força

de lei. Já a Teoria do Legislador preceitua que toda lei deriva de uma decisão autoritária. Assim, não existe “essência da lei” ou direito natural, mas, tão somente, a determinação pura. Por fim, a Teoria Determinativa analisa que o valor da democracia e da separação dos poderes demanda aos legisladores sempre basear-se na subordinação ao legislativo.

Ainda sob o contexto das acaloradas discussões quanto à aplicação (ou não) dos precedentes, Marinoni (2016) tece algumas críticas a respeito do pré-conceito que há sobre a liberdade dos magistrados em aplicar uma lei ao caso concreto. Para o autor,

É preciso colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo. Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o que já foi fixado em precedente. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que se conhece por *distinguished*, ou seja, a diferenciação do caso sob julgamento. (MARINONI, 2016, p. 55) (grifos do autor).

Na oportunidade, sob o ensejo da lição acima de Luiz Guilherme Marinoni, cabe também destacar que a *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente, como mormente imagina o público em geral. Com efeito, a busca pela razão de decidir pode demandar a consideração de várias decisões para poder ser aplicada. Nestas hipóteses, é imprescindível uma decisão que, sobrepondo-se às decisões já tomadas a respeito do caso, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável.

Entretanto, é imperioso ressaltar que, ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* não se confunde com o próprio sistema do *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas.

Em verdade, não se pode presumir que o *stare decisis* existe porque o juiz do *common law* cria o direito ou devido a inércia do legislativo americano e britânico. Conforme se verá mais adiante, recentemente, mesmo nos países do sistema Anglo-Saxão, o “direito jurisprudencial” em sua forma pura é algo raro. O que se vislumbra, atualmente, são as interpretações explicativas da lei. Além do mais, não há qualquer *déficit* de legislação nos Estados Unidos, ao contrário, os precedentes interpretativos existem pois mesmo a interpretação da lei tem que adquirir certa estabilidade.

Ultrapassadas as premissas iniciais do capítulo, imperioso é, no momento, tecer um estudo comparativo – nos ditames da metodologia explicitada no primeiro capítulo deste trabalho –, sobre as diferenças remanescentes mais significativas entre os Sistemas Jurídicos da *civil law* e do *common law*, pois, embora o objetivo nodal deste ponto da obra seja demonstrar sua aproximação e desmistificar a ideia de uma heterogeneidade entre os sistemas, é evidente que ainda subsistem diferenças entre os dois, o que se verá a partir de agora.

A primeira diferença, ainda que pareça insignificante, situa-se a respeito da ambiguidade do termo *law*. Para o Sistema Inglês, é utilizado com o Direito em si, conquanto que para o Sistema Civilista refere-se à Lei do Parlamento. Outrossim, esta distinção inicial advém de um panorama antecedente – no *civil law*, a exemplo da Alemanha e da França, ocorreram profundas transformações na sociedade e, conseqüentemente, no direito, principalmente após a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial. O direito inglês, por sua vez, embora sem grandes catástrofes históricas, permanece em constante continuidade.

Ademais, uma segunda alteridade situa-se no número de precedentes costumeiramente utilizados para aplicar ao caso concreto. No *common law* utiliza-se apenas um único precedente, chamado de “jurisprudência forte” (MACCORMICK, 1991, p. 499). No Reino Unido, por exemplo, embora a jurisprudência seja rica e complexa, apenas um ou alguns dos precedentes podem ser diretamente utilizados no ponto crucial das questões contestadas.

No *civil law*, por sua vez, os juristas geralmente colacionam diversos casos ao julgamento em tela, gerando uma linha ou uma série de julgamentos citados, na tentativa de demonstrar de todas as maneiras a razão de decidir aplicada. Essa regra, segundo as lições de MacCormick (1991, p. 499), não conseguiria grandes adeptos nas cortes inglesas e estadunidenses, já que a ideia de obrigar a corte a citar todos os precedentes relevantes seria considerada por eles impossível de ser aplicada.

Nesse sentido, constata-se que quando poucos precedentes são citados, conseqüentemente cada um deles possuirá uma força peculiar – é juridicamente vinculativo (quando não sofram *distinguish* ou sejam rejeitados), como acontece no Reino Unido e Estados Unidos da América, ou têm força persuasiva, a exemplo da Suécia e da Finlândia.

Ocorre que a multiplicidade de precedentes utilizados em um único caso concreto poderá ocasionar uma primeira problemática: quando muitas decisões são citadas, como acontece em países da *civil law*, cada uma delas pode, por si só, ser muito fraca e, portanto, são necessárias uma série de julgados para que se atinja a força persuasiva. Esse procedimento oportunizará, também, a probabilidade de conflitos e inconsistências entre as jurisprudências.

MacCormick (1994, p. 214), justifica essa utilização – exacerbada ou modesta – de precedentes pelo fato de que as cortes possuem diversos membros em sua composição, o que dificulta para os tribunais chegarem a um sistema viável de precedentes. Na Corte Francesa de Cassação, por exemplo, há duzentos julgadores, enquanto na *House of Lords* dos ingleses são apenas dez.

A terceira diferença entre os dois sistemas jurídicos a ser destacada versa sobre a análise realizada para aplicação das decisões reiteradas. Enquanto no *common law* o uso dos precedentes para decidir um caso em questão depende de uma semelhança próxima entre os fatos dos casos paradigma e concreto, no *civil law* esta análise apenas vislumbra, de forma geral, a *ratio decidendi* do caso paradigma e a do caso concreto, verificando-se suas semelhanças.

Uma quarta diferença identificada entre os sistemas da *civil law* e do *common law* cinge-se sobre os critérios de superação ou aplicação de um precedente, isto é, o poder de selecionar um precedente a ser ou não estabelecido para confirmar ou anular um paradigma antigo, indicando, assim, um novo, ou, até mesmo para estabelecer um precedente em um caso de primeiro contato com a lei.

No *civil law*, quanto mais alta a corte, menos poder ela tem para selecionar os casos que devem ser obrigados a decidir. Dessa forma, o número de precedentes a ser utilizado em sua *ratio decidendi* deve ser grande e, conseqüentemente, sua força relativa é maior.

Já no *common law*, as características estruturais refletem ideias diferentes sobre o papel de um tribunal superior dentro de um sistema legal. Por um lado, o tribunal no *common law* foi concebido como um órgão com poder para estabelecer precedentes e supervisionar a doutrina legal. Assim, poderá estabelecer precedentes relativamente poucos, porém fortes e com caráter persuasivo.

Por fim, a quinta e última diferença entre os sistemas jurídicos a ser levantada neste ponto trata a respeito das características institucionais dos tribunais do *civil law* e do *common law*.

Na *House of Lords*, do Reino Unido, e na Suprema Corte dos Estados Unidos, a tendência é a de deter um poder discricionário cujo objetivo é selecionar os casos em que querem decidir, descartando os demais. Já os Tribunais Suecos e Finlandeses, típicas cortes civilistas, vêm crescendo em importância na sociedade, tendo uma configuração semelhante ao *certiorari americano*, recentemente introduzido nesses países.

A Suprema Corte pode ser vista como uma instância final para a correção do erro legal quando aplicado no caso individual. Quando isso acontece, a seleção de casos não é permitida,

como acontece normalmente, e a definição de precedentes é um tipo de subproduto da atividade do tribunal.

Uma comparação interessante é realizada entre os sistemas civilistas da Itália e da França, pois, embora compartilhem o modelo fundamental de um Supremo Tribunal (que a Itália tomou emprestado da França), suas práticas são muito distintas. A *Toe French Cour de Cassation* mantém rigidamente o princípio da supremacia dos estatutos e, assim, não cita os precedentes, enquanto que a *Corte di Cassazione*, por sua vez, cita um considerável número de julgados em suas decisões.

O *civil law*, como já dito, surgiu no contexto da Revolução Francesa a partir do declínio do jusnaturalismo e, portanto, deu origem a era da codificação e a concepção da função judicial como meramente declaratória da lei, escravizando os juízes ao parlamento (MARINONI, 2016, p. 44).

Esse sistema jurídico ocasionou transformações nas concepções de direito e de jurisdição, trazendo consigo dogmas que negam conceitos e institutos antes considerados indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina de separação estrita entre poderes e da mera declaração judicial da lei, como é o caso da própria França.

Se no *civil law* imaginou-se que a segurança jurídica e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvidas de que os magistrados podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver.

Dessa maneira, surgem, então, duas expressões para caracterizar o poder do juiz em cada um desses sistemas: *judge bouche de la loi* (juiz boca de lei) e o *judge make law* (juiz que cria o direito), sendo que essa última surgiu com Jeremy Betham e defendia que a decisão judicial não poderia ser enxergada como uma mera declaração de um direito preexistente fundado na natureza e razão das coisas, mas, tão somente, na criação de um direito para aquele caso (MARINONI, 2016, p. 44).

Nesse sentido, para distinguir ambos sistemas, mesmo em suas origens, não basta dizer que em um o juiz cria o direito e no outro declara a lei, mas sim, é imprescindível compreender que somente no *common law* o juiz mereceu confiança e espaço na esfera de poder.

O jurista Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 55) afirma que a ideia de imprescindibilidade de imposição de limites ao legislativo mediante uma lei maior, como ocorria no *civil law*, pode ser vista já à época em que os colonizadores da América do Norte –

que não tinham representantes no Parlamento Inglês – revoltaram-se contra os tributos exigidos pelo governo da metrópole, mediante a alegação de que qualquer ato do parlamento, contrário à equidade natural, seria nulo.

Ainda sob esse mesmo prisma, em 1775, com a independência das colônias americanas, as cartas foram substituídas pelas constituições e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as tais cartas e a legislação do reino inglês, tornou-se “natural” controlar as leis que contrariassem as constituições dos estados.

Assim, arremata-se que foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito histórico e tradicional do povo inglês – para deter o poder real, de modo que a ideia do *Supremacy of the English Parliament* não significou, sorrateiramente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas sim a submissão da realeza ao direito inglês, de forma geral.

Ressalte-se que o *common law*, de acordo com o que se viu até aqui, não teve a menor intenção de submeter o juiz ao parlamento, como ocorria no propósito civilista, mas, tão somente, firmar a noção de supremacia do direito sobre o monarca.

O controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, por exemplo, significou muito mais uma continuidade do *common law* do que uma ruptura com o modelo inglês. Já o poder do juiz do *civil law* submetido à Constituição, é próximo ao do juiz estadunidense, ou seja, cria a norma do caso concreto a partir da própria Constituição. Daí porque diz-se que a noção de criação do direito, típica do *common law*, opõe-se à aplicação estrita da lei, própria dos sistemas civilistas (MARINONI, 2016, p. 67).

Embora a Revolução Inglesa (1642-1651) tenha vencido o absolutismo, o parlamento não assumiu o poder imediatamente, como ocorreu com a Revolução Francesa, pois na tradição da Europa Continental a luta contra os regimes totalitários significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, chamada de Assembleia Soberana, enquanto que na inglesa, a batalha contra o absolutismo consistiu em se opor às pretensões, privilégios e liberdades tradicionais dos monarcas britânicos.

Consequentemente, na Inglaterra a lei não objetivava expressar um direito novo, mas sim representar um mero elemento introduzido em um direito arcaico, ancorado nas tradições do povo inglês. Assim, conclui-se que o juiz era visto como “amigo” do poder que se instalara, uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei, não havendo, dessa forma, qualquer intenção ou necessidade de submetê-lo à lei.

2.1. A CONVERGÊNCIA DAS FAMÍLIAS JURÍDICAS – UMA CRISE NOS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

Como dissertado no tópico anterior, os sistemas do *civil law* e *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais distintas e, por isso, levaram à formação de tradições jurídicas diferentes. Embora historicamente fossem intensas as tentativas de diferenciação dos sistemas, atualmente não mais se justificam. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

(...) A divisão que se faz entre os dois tipos de sistemas jurídicos não deve ser concebida em termos estáticos, afinal, os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução – nos dias que corre, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempos. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, 2007, p. 41).

Dessa forma, até mesmo dentro do próprio sistema Anglo-Saxão, havia divergências: ao contrário da centralização e unificação típicas do direito inglês, nos Estados Unidos cada Estado possui até hoje jurisdição própria, falando-se, inclusive, da existência de diversos “*common law*” (VIANA, 2018, p. 138).

Entretanto, o progresso e a difusão global dos pensamentos comprovam, a cada dia, que os sistemas possuem mais semelhanças que diferenças, demonstrando, assim, uma convergência entre as famílias jurídicas, de forma a ressaltar suas simetrias e ignorar as dissimilaridades.

As tradições do *common law* e do *civil law* têm se aproximado, já que muito frequentemente encontram-se em ordenamentos jurídicos filiados a umas dessas tradições jurídicas, institutos, normas, que antes não eram ali localizados, mas apenas na outra grande nação jurídica.

Há quem considere que essa convergência entre os dois vem recebendo ênfase exagerada, outros dizem que as diferenças foram exacerbadas, pois na verdade, eles são muito semelhantes. O que se sabe, em resumo, é que tratar de *civil law* e *common law* não é simplesmente falar de sistemas jurídicos, mas sim de tradições jurídicas.

A evolução do *civil law*, quando raciocina a partir de princípios constitucionais ou com base em cláusulas gerais, decide de forma igual a um juiz do *common law* que, conforme a perspectiva teórica de quem o assiste, pode ser qualificado como um magistrado que propriamente cria o direito ou como aquele em que interpreta a norma para declarar o direito.

Para Marinoni (2016, p. 39), hoje em dia o *common law* está muito longe de ser retratado como o explanado no tópico anterior, isto é, caracterizado pela ideia de criação judicial

do direito e o *civil law* da mesma forma também não é mais o sistema que almeja, tão somente, a criação judicial como algo subordinado à lei.

As decisões atualmente elaboram a norma jurídica a partir dos fundamentos e princípios constitucionais, construindo a lei, cuja insuficiência ou omissão pode ser suprida pela tutela dos direitos fundamentais, um objeto que sempre necessitará de atribuição de significado para atender às necessidades do caso concreto.

De acordo com os autores Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 149), no direito da Europa Continental cada vez mais dá-se espaço ao direito jurisprudencial e, em sentido inverso, no Reino Unido e nos Estados Unidos está havendo uma “bagunça legislativa”, termo assim atribuído pelos autores à introdução de formas legais às regras do *common law* clássico.

No entanto, faz-se útil ressaltar que a expansão do direito jurisprudencial que está sendo tratada neste tópico não se restringe unicamente à Europa Continental ou à América do Norte, refletindo, ainda, no próprio Brasil, cujas reformas, principalmente depois do Código de Processo Civil de 2015, se concentraram na “tentativa de uniformização de jurisprudência a todo custo” (VIANA; NUNES, 2018, p. 108).

Nesse sentido, tentar diferenciar os sistemas, sendo o do *common law* essencialmente oral e o do *civil law* puramente escrito é tamanha imprudência, tendo em vista a existência de numerosos atos escritos em sede do *common law*, assim como a presença marcante de elementos de oralidade em vários ordenamentos do *civil law*.

Hermes Zanetti (2016, p. 24), inclusive, sugere que o Brasil sempre apresentou uma vocação mista, ou seja, uma espécie de predisposição à assimilação de ambas as famílias jurídicas, ao contrário daqueles que entendem ser o país participante da cultura do *civil law*.

As razões para que ocorresse essa convergência de tradições foram, em síntese, que o transporte de técnicas e institutos jurídicos entre os países seria fruto da própria globalização e desempenharia, por sua vez, um importante papel na melhoria do direito, tendo em vista a necessidade de países periféricos se inspirarem no direito de outros países hegemônicos.

Nessa continuidade, Viana (2018, p. 150) entende que este foi o primeiro grande preconceito a respeito dessas tradições jurídicas, na medida em que a utilização do precedente existe desde longa data, inclusive no Direito Romano, ainda que com características distintas. No entanto, esta técnica só passou a ser utilizada depois de difundida por “países hegemônicos”, o que denota, assim, a falta de credibilidade dos países periféricos no cenário global.

Um segundo motivo que proporcionou a convergência de tradições entre os sistemas jurídicos foi o fato de que nos países da *common law* não há um direito legislado, pelo menos em sua integralidade. Dessa maneira, nos Estados Unidos da América vem crescendo

consideravelmente a movimentação da atividade legislativa, diante da insuficiência de utilização dos precedentes em sua forma pura, de forma a decidir prudentemente um caso concreto.

A vista disso, percebe-se que a convergência entre modelos é viabilizada pela semelhança no núcleo das duas famílias. Em última palavra, confere-se à atividade jurisdicional a missão de dizer o direito. O melhor indicativo da aproximação entre as tradições, há séculos, passa pela percepção do próprio desempenho pelos Tribunais, mesmo nos países da tradição de *civil law*.

Nesse contexto de fortalecimento do direito jurisprudencial, fenômeno situado marcadamente no século XX, nota-se o reforço da possibilidade de adoção de técnicas das duas tradições principais. Isso se dá, na verdade, porque esse diálogo com modelos ou tradições estrangeiras pode permitir uma livre movimentação do julgador entre os referidos modelos, possibilitando uma fundamentação ora dentro do sistema ou, em outras ocasiões, fora dele.

A partir deste ponto, entrevê-se oportuno discorrer brevemente acerca dos elementos de pilhagem e sua relação com os fenômenos de convergência de sistemas. Para os juristas Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 163), a palavra *pilhagem* significa “a propriedade roubada por meio de fraude ou força”. Nesse sentido, o direito é utilizado para reforçar a pilhagem de outros países até porque não basta, para a manutenção do poder, o mero uso da força.

Nesta esteira, a partir da correlação entre aquilo que se designou como pilhagem e o fenômeno de convergência entre sistemas, conclui-se que todos os sistemas são adaptados. Assim como um organismo contaminado aquelas técnicas e institutos trazem consigo um risco inerente à sua característica viral, cujo elo parece ser, pela leitura do Novo Código de Processo Civil, algo inquebrantável, o que deveria ser suficiente para motivar a desconfiança e desestimular a euforia quanto à convergência e importação.

Conclui-se, portanto, sob influência das lições do jurista Mauro Cappelletti (2001, p. 27-28), ser possível atestar que os ordenamentos jurídicos distintos (*civil law*, *common law* e também países da Europa Ocidental) trazem regras comuns, principalmente em razão do direito substantivo. Um método comum aos vários países europeus foi elaborado pela grande doutrina que floresceu em torno das primeiras universidades italianas, entre os séculos XI a XVI, e se difundem por toda a Europa Continental, referem-se ao mesmo modelo utilizado nas Cortes de *Equality*, na Inglaterra.

2.2. OS SISTEMAS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* ATUALMENTE

O Sistema de Precedentes, dispensável quando o julgador apenas aplica a lei, é necessário na jurisdição contemporânea, pois é fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo de conceitos indeterminados para assim definir a técnica processual adequada a cada situação concreta.

A tradição do sistema *civil law* de que muito se discorreu no início deste capítulo, isto é, em sua forma pura, já não existe mais, tendo em vista ter sido descaracterizada ao longo do tempo. Com efeito, a sua evolução é um caso de superação de uma ideia criada para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, que, tradicionalmente, nasceu de uma ideia utópica.

Em verdade, após a evolução histórica e jurídica, a decisão da corte ao definir uma interpretação não elabora mais um parâmetro para o controle da legalidade das decisões, e sim estabelece um critério de decisão do verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico. Assim, a decisão deixa de ser uma simples jurisprudência pacífica e torna-se um precedente, definindo o direito que deve regular a vida social e, apenas por isso, tem autoridade perante os demais tribunais.

Vale ressaltar que não obstante o ponto nodal do sistema civilista tenha se mantido vivo com o passar dos anos, a sua evolução natural, somada com o constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das normas abertas, fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do pretendido no início do sistema, capaz de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, aproximando-se bastante da função exercida pelo juiz no *common law*.

Atualmente na tradição do *civil law*, as decisões judiciais são tão estáveis e seguras quanto a lei, podendo-se dizer, até mesmo, que a Lei é quem decide o caso concreto. Dessa maneira, os precedentes das Supremas Cortes não têm necessariamente caráter retroativo, derivado da declaração da lei, mas sim baseiam-se na preocupação de orientar os jurisdicionados em servir de critérios para novas decisões judiciais (MARINONI, 2016, p. 77).

Não obstante a isso, como preleciona Marinoni (2016, p. 80), apenas o sistema do *common law* devota respeito manifesto aos precedentes. Isso porque há, na cultura da família civilista, a falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica necessárias.

Destaca-se que esta tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica seria apenas viável se a lei fosse estritamente aplicada. No entanto, a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas nos dois sistemas. No *common law*, fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e de suas decisões.

O período de formação do *common law*, historicamente, é a partir da conquista da Normanda (1066) até o advento da Dinastia Tudor (1485). Contudo, ainda nos dias de hoje, esse sistema exerce grande influência sobre diversos ordenamentos africanos e asiáticos (CÂMARA, 2018, p. 12).

Percebe-se que as normas estão em constante adaptação aos novos tempos e à evolução da dogmática e das teorias jurídicas. A ausência de precedentes com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais e, assim, do direito. Dessa maneira, a evolução da doutrina pode demonstrar o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido.

Os ordenamentos do *common law* adotam a técnica de vinculação aos precedentes por meio do qual obtém previsibilidade e estabilidade.

Nesta mesma esteira, os países adotantes do *civil law*, em regra, têm o Direito Romano como base e até mesmo como fonte do seu próprio direito. Contudo, evidentemente que nos países em que se mantém essa tradição, não se aplica mais o esse direito como era na época de Justiniano.

Em verdade, na modernidade pós liberal os sistemas jurídicos que se filiam à tradição jurídica de *civil law* atribuem relevante papel de dimensionamento jurídico a cinco destes códigos: Civil, Comercial, Processo Civil e Processo Penal (CÂMARA, 2018, p. 29-30), de maneira que as áreas não afetadas a estas costumeiramente são resolvidas através da utilização dos precedentes.

Embora haja a proeminência do papel destas legislações no sistema *civil law*, em diversos ordenamentos filiados se reconhece a eficácia dos precedentes judiciais – ora vinculante, ora persuasiva – especialmente os que resultam da atividade dos Tribunais de Superposição.

Nesse sentido, para exemplificar brevemente o que se explica, necessário será trazer as lições de dois países vinculados à tradição do *civil law* mas que, de maneira distinta, aplica o sistema de precedentes em seus ordenamentos jurídicos. São eles: Alemanha e França.

Na Alemanha, o papel dos precedentes varia conforme a relevância de outros materiais dotados de autoridade. Ou seja, se a causa puder ser decidida conforme a lei, os precedentes não têm nenhuma relevância, apenas tornando-se relevantes caso não exista lei expressa ou se dela se exige uma interpretação.

Câmara (2018, p. 32) aponta que no sistema jurídico alemão não existem regras acerca da eficácia vinculante dos precedentes, exceto das decisões proferidas em sede de Jurisdição

Constitucional, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, não obstante o próprio Tribunal não esteja vinculado às suas próprias decisões.

Na Alemanha, de forma semelhante ao que ocorre com os países do *civil law*, uma linha de precedentes tem muito mais peso que um caso isolado, criando uma espécie de “costume judicial”. Assim, os alemães desenvolveram uma técnica intitulada *Musterverahren*. Sobre o tema, discorre Alexandre Câmara (2018):

Qualquer parte de qualquer processo em que a questão tenha sido suscitada pode requerer a instauração do procedimento, o qual é divulgado por meios eletrônicos. O procedimento será instaurado se, no prazo de quatro meses, pelo menos nove outros requerimentos similares forem formulados.

O Tribunal perante o qual o procedimento é instaurado seleciona um caso para determinar as questões relevantes de fato e de direito, enquanto todos os outros processos que versem sobre a mesma questão são suspensos.

As partes dos processos suspensos podem participar do procedimento-modelo, e a decisão nele proferida é vinculante para todas as partes de todos os procedimentos que versem sobre aquelas questões. (CÂMARA, Alexandre de Freitas, 2018, p. 35).

Na França, influenciados pela concepção de separação de poderes e temor dos magistrados, heranças do trauma da Revolução Francesa, a decisão judicial só tem eficácia vinculante para as partes em relação ao caso julgado, mas que não é um tipo de eficácia vinculante do precedente. Até mesmo os tribunais mais elevados não estão vinculados às suas próprias decisões, de maneira que a não observância de um precedente não é fundamento para um recurso.

Tal afirmação é tão verdadeira que os juízes franceses não invocam precedentes em suas decisões, pois a única fonte legítima do Direito, para eles, é a lei escrita. Dessa maneira, eles não são autorizados a interferir no Poder Legislativo, do que resulta serem proibidos de criar direito com o objetivo de regular casos futuros, como é o caso do precedente de eficácia vinculante. Destaca-se, inclusive, que na França, considera-se que uma decisão que apenas cita o precedente é nula por ausência de fundamentação.

Ante todo o exposto, conclui-se que acolher instituições tipicamente ligadas ao *common law*, como é o caso dos precedentes, não significa distanciar-se do *civil law*, tendo em vista que não é o mero fato de um ordenamento jurídico adotar instituições que são encontradas em uma determinada tradição jurídica que o faz pertencer a essa família, saindo daquela que sempre integrou.

O sistema jurídico brasileiro, como se verá no próximo capítulo, está inserido em uma das duas grandes tradições jurídicas estudadas, o *civil law*. No entanto, ainda há quem diga que a rigor o Direito Brasileiro já não se insere mais em qualquer dessas duas tradições, tendo passado a constituir-se uma espécie de “sistema jurídico híbrido”, com características de uma ou de outra delas.

3 A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ART. 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 INTRÓITO: UMA BREVE TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, isto é, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar de forma semelhante os casos iguais para que, quando forem decididos, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, conseqüentemente, com o mesmo ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam apartar-se (ZANETI JR., 2015, p. 07).

O Direito Brasileiro, não obstante possua uma aproximação histórica com institutos do direito Estadunidense, não possui nenhuma base teórica, sequer solidificada, na legislação do Novo Código de Processo Civil acerca das terminologias pertencentes à Teoria Geral dos Precedentes.

Por isso, a fim de que se possa estudar sobre a existência de uma eficácia vinculante do rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, far-se-á imprescindível para a boa compreensão do tema, o exame, ainda que perfunctório devido às limitações da abrangência da pesquisa, de algumas linhas gerais da Teoria Geral dos Precedentes, evitando-se, assim, erros dialógicos, especialmente quanto aos pontos principais que aqui serão abordados.

Nesse sentido, por decorrência lógica, iniciar-se-á conceituando o que são os precedentes. Segundo Neil Duxbury (2008, p. 01), precedente é uma decisão judicial passada que serve como guia para as ações do presente. Dessa forma, quando um juiz decide um caso embasado naquilo que foi solucionado no caso anterior, diz-se que ele decidiu de acordo com um precedente.

Por outro lado, para o jurista Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 213-214), o precedente judicial constitui-se de uma decisão judicial com potencial de se firmar como paradigma para orientação dos próximos operadores do Direito e seus jurisdicionados. No entanto, é necessário que a Decisão em comento enfrente todos os principais argumentos referentes à questão de direito discutida no caso concreto, o que, atualmente, não se passa de uma ficção, conforme se verá mais adiante.

Ademais, Ronaldo Cramer (2016, p. 77) conceitua precedente como um instituto fundamental do Direito Processual que se faz parte em qualquer ordenamento, esteja ele expresso ou não. Para o autor, é a decisão judicial que fixou a tese jurídica que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos, constituindo, assim, a própria norma jurídica que servirá de parâmetro decisório para os futuros julgados.

Outra definição do termo se extrai da doutrina de Helio Diniz Krebs (2015, p. 123), para qual o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica e definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.

A despeito da posição autoral adotada, é pacífico o entendimento entre os quatro doutrinadores aqui apresentados de que o precedente é, inquestionavelmente, uma decisão judicial pretérita, emanada por um poder jurisdicional competente, que servirá de paradigma para as futuras decisões, conferindo uma segurança jurídica mais robusta aos jurisdicionados.

O magistrado do caso precedente, diante da questão a ser decidida, deverá encontrar a fórmula do direito aplicável à espécie em termos de regra geral, mesmo que não haja uma explícita regulação geral da matéria. Não importa se ele a está descobrindo ou de fato criando. Encontrar e articular a referida norma é o que o Estado de Direito exige do julgador precedente e é a norma geral que deve ser tomada pelo juízo subsequente.

O método de aferição do precedente tem início pela determinação dos fatos relevantes e da questão legal a ser decidida. Para isso, a Teoria Geral dos Precedentes contém muitas outras expressões e peculiaridades que serão vistas a partir de agora.

O *stare decisis*, nas palavras de Zaneti Jr. (2015, p. 330-331), é um termo derivado do latim, cujo significado é, literalmente, “*concordar ou aderir a casos já decididos*”, os chamados casos-precedentes. Na medida em que um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes a partir da ótica jurídica, tal regra deverá, obrigatoriamente, ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem os fatos e as circunstâncias similares.

Grande parte da doutrina, tais como Zaneti Jr., José Costa Neto, Aurélio Viana e Dierle Nunes, apontam que para a presença do *stare decisis* no caso concreto, deverão, de todas as maneiras, existir dois fatores: a) sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais de forma hierarquizada e; b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos futuros.

Há, ainda, uma terceira vertente, esta encabeçada apenas por José Wellington Costa Neto (2016, p. 02), que defende a necessidade de um ambiente em que as regras principais não sejam escritas.

Sobre esse ponto, este trabalho não se filia à terceira exigência elencada, tendo em vista que, no entendimento adotado, a existência de um sistema hierarquizado e com a ampla publicação das decisões judiciais, por si só, já proporcionam o *stare decisis*. As regras principais, sejam elas escritas ou costumeiras, podem ser alvo da modulação dos efeitos pelo

Poder Judiciário, de forma que esta não é uma regra essencial a ser adotada pela corrente doutrinária majoritária.

A *ratio decidendi*, que já fora abordada em outras ocasiões deste trabalho, quer dizer, nos exatos termos de Costa Neto:

A *ratio decidendi*, como é intuitivo, é a “razão de decidir”, isto é, a regra ou princípio de Direito sobre o qual a Corte alcança a decisão, e sem a qual o caso teria sido decidido de modo diverso. A *ratio* deve ser deduzida dos fatos, das razões empregadas para a decisão e da decisão propriamente dita. É a declaração do Direito sobre os fatos materiais, e é o que gera o efeito vinculante. (COSTA NETO, 2016, p. 06).

Para Teresa Arruda Alvim Wambier (2014, p. 02), a *ratio decidendi*, quando se trata de precedentes, é a parte da decisão que efetivamente a vincula, isto é, a parcela do julgado que efetivamente aborda uma questão de direito. Dessa forma, os fatos materialmente tratados como relevantes pelo magistrado são, de certo modo, parte da *ratio decidendi*.

Em sentido contrário, se apenas uma parte da decisão é, de fato, a sua razão de decidir, o restante dela, ou seja, o que não se levou em consideração mas de maneira nenhuma pode ser desprezado, chama-se pela doutrina de *obter dictum*.

O *obter dictum* conceitua-se como a parte da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou, até mesmo, uma simples opinião (KREBS, 2015, p. 197). Ao contrário da *ratio decidendi*, já definida como o ponto nodal da decisão no caso concreto, o *obter dictum* é apenas um argumento de persuasão, possuindo uma importância fraca ou mas relevante para a motivação da eleição daquela decisão como precedente.

Na lição de Costa Neto (2016, p. 06), é a pronúncia pelo juiz enquanto proferido um julgamento, mas que não seja essencial para a decisão do caso e que, por não formar a razão de decidir, não gera efeito vinculante, podendo eventualmente ser citado com foros persuasivos em casos futuros.

Como em todo sistema dinâmico, há, também, uma medida a ser utilizada quando o precedente não puder ser aplicado. Para isso, antes que se verifique a correta aplicação – ou não – do precedente, far-se-á necessária a utilização do *distinguish*, é dizer, todas as vezes que o Juízo posterior afirmar a inexistência de elementos de similaridade aptos a justificar a aplicação da *ratio decidendi* do caso precedente, restará aplicada a sua distinção (COSTA NETO, 2016, p. 15).

Dessa maneira, cabe ao julgador realizar a comparação entre o caso paradigma e o caso concreto – analisando particularmente sua razão de decidir em todos os pontos. Caso constate

não haver parecenças entre o ponto nodal das Decisões (paradigma e concreto), deverá realizar a exposição de motivos do porquê não aplicar o precedente, é que se entende por *distinguish*.

A prática da distinção é uma atividade comum no uso dos precedentes. Quando se verifica a possibilidade ser encaixado no caso concreto, devem ser feitas comparações entre ele e o caso precedente, que somente deverá ser adotado se o seu caso for idêntico ao caso sob julgamento. Quando não o for, haverá o *distinguish* (CRAMER, 2016, p. 141).

Outro ponto importante na Teoria Geral dos Precedentes dá-se quando, após a realização de reiteradas distinções, o julgador verifica que aquele precedente não vem sendo utilizado por um tempo considerável, seja pela defasagem social ou, até mesmo, pela evolução do pensamento.

Nesses casos, a doutrina chama por *overruling* a superação de um precedente, isto é, retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar. O tema superação do *overruling* abrange tanto a exclusão do precedente em si, como a eliminação de sua *ratio decidendi*, visto que é possível eliminar uma das normas do precedente e preservar a outra.

Lucas Buril de Macedo (2014, p. 10) aponta que a revogação do precedente pode dar-se de duas maneiras. A primeira é realizada pelo próprio Poder Judiciário, mediante outra Decisão que estabeleça uma norma distinta daquela contida no precedente e, assim, superando-a. A segunda forma de superar um precedente ocorre por meio de ato do Poder Legislativo, ao dispor em sentido diverso ou mesmo promulgando uma lei que repita a norma enunciada no precedente, passando a ser o novo referencial normativo a ser seguido.

Uma segunda corrente, dessa vez encabeçada por Ronaldo Cramer (2016, p. 145) entende que *overruling* é a revogação do precedente por outro proferido pela mesma corte que criou o anterior ou por uma corte hierarquicamente superior. O autor destaca ainda que, embora teoricamente tal superação deva ocorrer excepcionalmente, na *práxis* brasileira ocorre o inverso – a jurisprudência é instável e os precedentes são superados com grande facilidade.

A superação, além de total, com a alteração completa da norma precedente, como já fora explanado, também poderá ser parcial (*overriding*) ou antecipada (*anticipatory overruling*). A primeira constitui uma superação implícita, não podendo ocorrer nos casos de precedentes vinculantes por força expressa do § 4.º do art. 927 do CPC/15, que será estudado mais adiante. Já a superação antecipada consiste na medida de inaplicação do precedente pelo Tribunal inferior quando verificado que o Tribunal superior que o fixou anteriormente, através de uma postura de enfraquecimento do precedente, futuramente irá alterá-lo (CRAMER 2016, p. 158).

Na hipótese de precedente vinculante, como se verá mais adiante, sua superação não pode ser implícita, isto é, um precedente vinculante não pode ser revogado por outro que não indique está superando o anterior e não exponha as razões disso. De acordo com o § 4.º do artigo 927 do CPC/15, a modificação do precedente vinculante dependerá de fundamentação adequada e específica, de forma a demonstrar que não pode haver superação implícita, sob pena de contrariar o princípio da segurança jurídica.

Por fim, o dois últimos conceitos acerca da Teoria Geral dos Precedentes a serem suscitados nessa pesquisa, antes do estudo de sua aplicabilidade, são a sinalização (*signaling*) e o “superprecedente”. O primeiro consiste em uma técnica preparatória de superação do precedente, na qual o Tribunal, ao identificar o descompasso da Decisão paradigma, mas percebendo que a sua superação imediata poderia causar graves prejuízos à segurança jurídica, sinaliza que poderá modifica-lo futuramente, sem permanecer adstrito a esta “promessa”.

Enquanto isso, o “superprecedente”, uma criação norteamericana de Michael J. Gerhardt, é aquele julgado que, seja pelo número de citações feitas em processos judiciais e pesquisas acadêmicas, seja pelo tempo de vigência no ordenamento jurídico ou, até mesmo, pela confiança inculcada pela sociedade, já se incorporou de tal maneira na cultura jurídica que sua superação é inimaginável.

Sob o olhar crítico de Ronaldo Cramer (2016, p. 164), no sistema brasileiro não se pode considerar “superprecedente” o julgado que se encontra enraizado na cultura jurídica, como ocorre nos Estados Unidos, uma vez que o sistema de precedentes no Brasil possui pouco tempo de vigência.

No entanto, de acordo com a realidade social, o autor aponta que “superprecedente tupiniquim” seria o julgado que cria uma norma com *status* diferenciado e que tem eficácia vinculante, devendo ser um preceito de criação ou incremento de direito fundamental. Seriam, por exemplo, os julgados do Supremo Tribunal Federal que criam ou ampliam os direitos fundamentais e possuem eficácia vinculante (CRAMER, 2016, p. 164).

No Brasil, das técnicas de operacionalização de precedentes, o *overruling* é a mais praticada pelos tribunais. Ocorre que, ao contrário dos países que devotam respeito obrigatório aos precedentes, a superação através do *overruling* é utilizada no direito brasileiro sem que ocorram mudanças capazes de justificar a suplantação de um entendimento anterior, pelo qual os jurisdicionais teriam que, ao menos, estar pautando as suas condutas (KREBS, 2015, p. 223).

No limiar da compreensão do sistema de precedentes implementado pelo Código de Processo Civil de 2015, não se deve simplesmente importar significados e institutos do *common*

law ou de outros sistemas de precedentes, sem levar em conta as próprias opções legais e as particularidades das suas tradições processuais.

3.1.1. Distinções conceituais na teoria geral dos precedentes: uma análise necessária

Ultrapassadas as principais premissas conceituais na Teoria Geral dos Precedentes, é necessário, neste ponto, estabelecer algumas diferenciações terminológicas que, infelizmente, corriqueiramente ocorrem quando se trata do estudo dos precedentes.

Nessa senda, impende destacar que o termo jurisprudência significa a existência de vários julgados sobre a mesma matéria com uma voluptuosa quantidade de decisões em mais de um sentido, mas onde se pode constatar que um dos entendimentos prevalece como sendo o de maior aplicação (KREBS, 2015, p. 126). Para Miguel Reale (2015, p. 167), a jurisprudência não se forma com uma ou três sentenças, mas sim exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência.

Dessa maneira, não se pode confundir os conceitos de jurisprudência e precedentes que, como já ditos, possuem aplicabilidades distintas no ordenamento jurídico. Aliás, há duas diferenças – quantitativas e qualitativas - que diferenciam as duas expressões.

Segundo Alexandre Câmara (2016, p. 121), a diferença quantitativa é a de que, quando se fala em precedentes, faz-se referência a uma única decisão, relacionada a um caso particular. No entanto, quando se trata de jurisprudência, faz-se alusão à uma pluralidade de decisões, relativas a vários e diferentes casos concretos. Já a diferença qualitativa se dá na medida em que o precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério decisivo em casos sucessivos, em função da similitude ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os do segundo, enquanto na jurisprudência não se utiliza a análise comparativa como pressuposto de caráter genérico.

Há duas razões para que nem toda Decisão Judicial constitua um precedente: a primeira perpassa pelo fato de que não será precedente a decisão que aplicar lei objeto de controvérsia judicial, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa não gerará precedente, pois a regra geral é uma razão determinativa. O segundo ponto é que a decisão pode citar uma decisão anterior sem fazer qualquer especificação nova ao caso concreto. O precedente, como já estudado, dependerá de que se explane a sua *ratio decidendi* para aplicação ao caso concreto, abordando todos os seus pontos.

Nesse ponto, Michael J. Gerhardt (2008, p. 157-158) aponta dez funções para os precedentes judiciais que permitem estabelecer uma clara diferença às simples decisões judiciais, colocando um ponto final a controvérsia. Para o autor, o precedente serviria para

argumentar; solucionar lides; vincular casos semelhantes; estabelecer agendas ou prioridades; facilitar o diálogo; definir a estrutura legislativa ou constitucional; ser marco histórico; educar; simbolizar; definir a identidade nacional e implementar valores constitucionais.

Outro ponto que merece destaque é a diferenciação entre precedente e súmula vinculante. Para isso, Alexandre Câmara (2016, p. 220) aduz que “(...) *precedente é uma decisão judicial, proferida para resolução de um caso, e que é empregada como principium argumentativo na construção da decisão de um caso posterior*”.

Já a súmula vinculante, nas palavras de Câmara (2016, p. 220), conceitua-se como “(...) *um repositório de enunciados que representam um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal*”. Sendo assim, torna-se evidente que não há como se comparar precedente e as súmulas vinculantes proferidas pelo STF, tendo em vista que as funções empregadas por cada uma delas são distintas.

A súmula vinculante, conquanto tenha sido importante para apontar a criatividade judicial, reforçando a sua percepção como uma memorável realidade, está longe de representar um instituto característico do sistema de precedentes (MACEDO, 2014, p. 8).

Quanto à origem do precedente, Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 31-32) a divide em duas vertentes: precedente horizontal e precedente vertical, sendo aquele a força de uma decisão em direção aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que o pronunciou. Já o precedente vertical é emanado por um órgão hierarquicamente superior como, e.g., o Supremo Tribunal Federal. Eles são os mais importantes em qualquer sistema, porque conformam a atuação dos demais órgãos jurisdicionais ao seu entendimento.

A respeito a eficácia do precedente, Ronaldo Cramer (2016, p. 116) o classifica em persuasivo e vinculante. Nesse sentido, o precedente persuasivo é aquele que não vincula os demais casos, mas apenas é utilizado como reforço de argumentação, seja pela parte, seja pelo magistrado, para demonstrar o acerto do discurso jurídico. Já o precedente vinculante constitui-se como aquele que vincula os julgamentos futuros, não deixando alternativa ao julgador senão aplica-los.

Quanto à natureza jurídica do precedente, tal questão ainda é tema de controvérsia na doutrina, isso porque para Fredie Didier e outros (2015, p. 453), precedente é um efeito complementar à decisão judicial, sendo que sua natureza jurídica é de ato-fato jurídico. Por consequência, para essa corrente, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu.

Já para a corrente encabeçada por Lucas Buril de Macêdo (2015, p. 453), o precedente em sentido próprio tem natureza jurídica de fonte do direito (fonte de produção da norma), e em sentido impróprio, tem natureza de princípio ou regra, a depender da tese jurídica formulada.

Nesse sentido, este trabalho filia-se a corrente defendida por Fredie Didier, tendo em vista que o precedente nada mais é que do que um complemento da decisão judicial, isto é, sem decisão, não haveria precedente. Portanto, ele é um ato-fato jurídico, pois surge a partir da existência de um provimento judicial pretérito.

Ademais, é necessário, ainda, trazer os princípios mais importantes quando se tratam de precedentes, seja porque conferem maior robustez ao sistema, seja porque constituem-se de parte integrante da criação da teoria. Logo, são eles, princípios da segurança jurídica, isonomia, congruência, colegialidade e motivação.

O princípio da segurança jurídica preceitua que um ordenamento que não impõe respeito aos precedentes torna a resposta judicial imprevisível para a sociedade. Já o da isonomia estabelece que se deve dar tratamento uniforme aos casos idênticos. O princípio da congruência, por sua vez, afirma que a norma do precedente somente pode ser extraída a partir das questões que foram submetidas a julgamento do tribunal, enquanto que o da colegialidade reitera que o precedente somente pode resultar do julgamento do colegiado do tribunal, e não do julgamento monocrático pelo relator. Por fim, o princípio da motivação apresenta que o julgado a ser seguido deverá conter duas fundamentações, uma para a solução do caso concreto e outra para a formulação da norma.

3.2. A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: UM PANORAMA HISTÓRICO-DOCTRINÁRIO DESDE A FORMAÇÃO DO IMPÉRIO ATÉ O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A presença dos precedentes – certamente com nome diverso - já existia desde os primórdios do Direito Brasileiro. A Constituição do Império de 1824⁶, em seu art. 179, inciso I, empregava expressamente o então chamado princípio da legalidade. Sem embargo, na opinião de Alexandre Câmara (2016, p. 115), o principal critério para negar a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal, à época da Constituição do Império de 1824, era a imposição da separação dos poderes, uma vez que a tarefa de editar atos normativos de caráter geral era

⁶Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei (*sic*).

do Poder Legislativo, não sendo possível ao Poder Judiciário também ser legislador, se assim houvesse a eficácia vinculante das decisões.

O art. 12⁷ do Decreto n.º 738/1850 conferiu eficácia vinculante de sua norma (chamada, então, de assentos). Tais normas, como vislumbra-se com facilidade, são muito similares aos enunciados de súmula de jurisprudência dominante, instituto jurídico surgido no Brasil na década de 1960.

No período Republicano surgiram outras práticas destinadas a exercerem funções análogas aos assentos, entre eles os prejudgados⁸. Sobre estes, Câmara (2016, p. 118-119) opina que podem ser considerados como “ancestrais” dos atuais Incidentes de Uniformização da Jurisprudência, na medida em que eram incidentes processuais que se decidiam através da prolação de um acórdão, cuja redação se deveria fixar um conselho de norma para casos futuros, de observância vinculante na Câmara ou Turma que o suscitara.

No Código de Processo Civil de 1973, cuja vigência perdurou-se até 15 de março de 2015, houve a implantação do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, no qual o julgamento tomado pela maioria absoluta de votos dos integrantes do tribunal constituiria precedentes na uniformização da jurisprudência. Contudo, tal julgamento só possuía eficácia vinculante no caso concreto em discussão.

Desde as primeiras leis brasileiras, editadas logo após a Independência do Brasil, até as leis mais recentes, como o Código de Processo Civil de 1973, não se utilizou propriamente o conceito de precedentes (mais ainda no que concerne aos precedentes vinculantes), ao menos do modo como este fenômeno é tratado nos ordenamentos jurídicos ligados à tradição Anglo-Saxônica. O conceito que sempre fora adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, no que se refere ser uma fonte de direito, foi o de jurisprudência, o que agora, após a diferenciação no tópico 1.1, percebe-se que nada tem a ver com pensamento do precedente.

Dessa maneira, conclui-se, nesse ponto, que apesar do Código de Processo Civil de 1973 não fazer referência ao termo “precedentes”, o Direito Brasileiro se vale da jurisprudência como fonte há muito tempo, desde a Constituição do Império de 1824, de modo que o disposto

⁷ Art. 12. Os referidos assentos serão publicados pela imprensa; e seis mezes depois da sua publicação estabelecerão regra de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitarem sobre os usos commerciaes a que os mesmos assentos se referirem: e todos os Juizes e Tribunaes, arbitros, e arbitradores serão obrigados a regular por elles as suas decisões, em quanto não forem derogados ou alterados por decisão do Poder Legislativo (*sic*).

⁸ Regulados pelo Código de Processo Civil de 1939, aconteciam quando o exame de uma questão, que deverá ficar a cargo de um tribunal, é devolvido a um Tribunal Superior para que a lide seja previamente decidida (PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 163).

nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, como se verá mais adiante, não se trata de nenhuma novidade legislativa.

Como explanado no capítulo anterior, tem havido um intercâmbio entre os sistemas jurídicos filiados à tradição de *civil law* e à tradição de *common law*, sem que daí se precise extrair que o acolhimento, por um ordenamento, de Institutos Jurídicos oriundos de uma tradição jurídica distinta daquela em que se desenvolveu resulte um traslado daquele ordenamento de uma tradição jurídica para outra (ou a adoção de um sistema híbrido).

Por essa esteira, é necessário compreender que a técnica de aplicação dos precedentes desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da compreensão do Direito que se tem no Brasil, foi gerada a partir da cultura brasileira, levando-se em conta o modo de como no país se pensam o Direito e o Processo.

A formação do Direito Brasileiro teve, logo no seu surgimento, a influência marcante das leis e da codificação, certamente por herança portuguesa, gerando essa orientação ao apego à codificação e farta produção legislativa, características impassíveis de grandes questionamentos no Direito Brasileiro atual (VIANA; NUNES, 2017, p. 177-278).

Nesse contexto, Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza asseveram:

Por este motivo, parece integrar o senso comum teórico dos juristas a ideia de que as recentes reformas do sistema jurídico processual, no sentido de valorizar os precedentes judiciais no Direito Brasileiro, constituíram mudanças no status quo e/ou um movimento em direção a uma nova tradição – ignorando-se as características do Direito do Império e do Direito português anterior, que valorizam a jurisprudência e os precedentes de modo mais intenso do que se imaginam. (DIDIER JR.; SOUZA, 2015, p. 106).

Não obstante a isso, mesmo nos dias atuais, há quem defenda a inexistência de um sistema propriamente dito de precedentes judiciais no Brasil. Mais do que isso, para além da discussão sobre a sistematização, afirma-se inexistirem precedentes no Brasil, sendo, apenas, um sistema de vinculação jurisprudencial, isto é, pela esquematização do texto legal, alguns provimentos se tornam vinculantes e devem ser observados no momento da construção da decisão judicial. Essa é a corrente – minoritária, diga-se de passagem -, capitaneada por Lênio Streck e Georges Abboud, que apontam:

O CPC-2015 elenca determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. Mas não se trata de sistema-precedentes. O que não significa que o artigo 927 não possa contribuir para resolução de diversas mazelas judiciais contemporâneas. Contudo, para que essa contribuição

não seja feita às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, o CPC-2105 deve ser lido conforme à Constituição — não o contrário! — e para tanto, precisamos parar de iniciar sua leitura como se fosse um dado a instituição do sistema de precedentes no Brasil (STRECK; ABBOUD, 2016, p. 03).

Para Dierle Nunes e Aurélio Viana (2017, p. 224), não existe, de fato, o precedente judicial, pelo menos ao modo como é considerado no direito inglês e norte-americano. Apesar disso, a vasta bagagem do direito jurisprudencial, aliada à ruptura paradigmática imposta pelo Código de Processo Civil de 2015, parece oportunizar a rotulação do modelo aqui vigente como, agora, composto por precedentes judiciais em virtude da estruturação trazida pelo novo modelo de sistema processual.

De acordo com Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 317), os empecilhos teóricos à adoção de um modelo de precedentes vinculantes (especialmente o princípio da legalidade, da separação de poderes e da criação judicial do direito pelo juiz) não afastam a necessidade de uma teoria dos precedentes como modelo normativo formal, tendo em vista que o fato de precedentes anteriores vincularem juízes e tribunais não compromete a artificialidade do direito, ou seja, a positividade no sentido de direito posto pelo órgão formalmente habilitado para sua produção.

A opinião expressada pelo presente trabalho é a de que, conquanto não se possa negar a existência dos precedentes judiciais no Novo CPC, como o fazem Streck e Abboud, de igual maneira não se pode afirmar que aqui funcionam os precedentes como ocorrem nas cortes britânicas e estadunidenses. Como afirmado no primeiro capítulo desta obra, a respeito do sistema de importação de hábitos e tradições jurídicas, cada ordenamento forense possui suas peculiaridades, de forma que é necessário extrair o que se há de melhor em cada sistema e adaptar à realidade brasileira, fazendo com que os precedentes possuam a “roupagem” que se conhece agora.

O grande risco que se corre é do Brasil importar um sistema de precedentes vinculantes ou obrigatórios de modo degenerado, isto é, piorado em relação ao efetivo modo de funcionamento visualizado nos países de *common law*, tendo em vista que naquela tradição a formação e aplicação dos precedentes judiciais, embora partam do postuldo positivista, permitem o surgimento de dificuldades do próprio sistema, coisa que, maleficamente, pode não ocorrer no Brasil, uma vez que o principal critério de atribuição de força ao precedente é, justamente, o da hierarquia entre as cortes julgadoras.

A despeito dos temores levantados acerca da influência obtida para implantação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro com a chegada do Novo Código de Processo

Civil de 2015, as funções do precedente no sistema processual brasileiro são as seguintes: a) ser modalidade de argumentação jurídica; b) uniformizar a compreensão da norma jurídica; c) uniformizar a jurisprudência; d) gerar previsibilidade da resposta judicial; e) criar agendas de discussão, e.g. sobre a violência contra a mulher na Lei Maria da Penha e; f) elaborar para a formatação da identidade nacional (CRAMER, 2016, p. 98-99).

Quanto à forma de esquematização trazida pelos legisladores, que não se restringiu apenas aos artigos 926 em diante, como se verá daqui há pouco, apontam Aurélio Viana e Dierle Nunes:

A força que as decisões passadas podem vir a exercer sobre os casos a serem julgados mostra-se monumental desde a confecção da petição inicial. A assertiva fica evidente pela leitura do art. 311, especificamente em seu inciso II, pois este possibilita a concessão da tutela de evidência se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Ainda na fase inicial da postulação, além da possibilidade da concessão da tutela de evidência, o precedente pode gerar improcedência liminar do pedido (...) nas hipóteses em que a pretensão do autor conflitar com um dos itens enumerados, configurando-se, desse modo, a situação de julgamento antecipadíssimo do mérito (VIANA; NUNES, 2017, p. 262-263).

Na visão de Lucas Buril de Macedo (2014, p. 7), o art. 926⁹ do Código de Processo Civil de 2015 é, certamente, o dispositivo mais importante sobre a Teoria dos Precedentes Judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro. A valer, a partir da institucionalização dos deveres de coerência, estabilidade, uniformização e integridade, torna-se pouco verossímil a manutenção do sistema jurídico sem uma razão de decidir. Portanto, para o autor, os deveres esculpidos no CPC de 2015 possuem conteúdo normativo suficiente para a criação institucional dos precedentes em sua forma obrigatória.

Pontua-se que o *stare decisis* pode ser horizontal, onde haverá respeito aos próprios precedentes e à própria jurisprudência vinculante, e poderá ser também vertical, quando houver respeito à jurisprudência vinculante e a precedentes de Cortes a que subordinados os órgãos jurisdicionais que avaliam o caso subsequente.

⁹Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Na visão de Costa Neto, (2016, p. 09), o art. 926 do CPC/15 estatui o *stare decisis* horizontal e o art. 927¹⁰ o vertical. Outrossim, distinguem-se três níveis de obrigatoriedade dos precedentes. A forte, em que a afronta comporta remédio processual especificamente previsto para tanto, no caso a reclamação; a média, caso e que o desrespeito autoriza o emprego de qualquer meio processual apto à correção; e a fraca, em que a autoridade do julgado é meramente cultural, pois inexistem formas processuais para sua correção.

No entanto, um grande problema, percebido por esta pesquisa, encontra-se no cumprimento da utilização dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 de forma correta, uma vez que ocorre, na visão de Dierle Nunes e Aurélio Viana (2017, p. 140), a chamada “esquizofrenia jurisprudencial” no Superior Tribunal de Justiça, decorrente da vontade do julgador em ver o seu posicionamento pessoal prevalecer em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Sobre o tema, Alexandre Câmara (2016, p. 147) realizou uma análise jurisprudencial de todos os 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal e percebeu que o Tribunal, em sua massacrante maioria, limitou-se a transcrever ementas para afirmar que a matéria já tinha sido alvo de julgamentos anteriores, sem proceder com qualquer indicação de que tenham sido as circunstâncias fáticas dos casos precedentemente julgados.

Ademais, pontua o autor que dessa mesma análise, extrai-se que a Corte Suprema Brasileira nem sequer mencionou que tenham sido os fundamentos determinantes das decisões anteriormente proferidas ou a demonstração de que tais fundamentos também seriam aplicáveis ao caso concreto que estava a ser apreciado pelo Tribunal, contrariando o disposto no art. 489¹¹,

¹⁰Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

¹¹Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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

§ 1.º, incisos V e VI, cuja redação impõe ao juiz (ou tribunal) apresentar, na fundamentação da decisão, as razões pelas quais aquele precedente é, ou não, aplicável ao caso concreto (CÂMARA, 2016, p. 147).

No entanto, para que se faça justiça, é imprescindível destacar que da pesquisa realizada por Câmara (2016, p. 152), a exceção a esse comportamento do STF foram os votos da relatoria da Ministra Carmem Lúcia, em que foram encontrados exemplos de pronunciamentos nos quais o confronto entre o caso precedente e o caso sob julgamento é realizado, na visão do autor, de forma bastante adequada.

Dessa maneira, a visão que se faz, infelizmente, é a de que até mesmo na Corte Suprema do ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes não estão sendo aplicados de forma correta. Isso porque a mera invocação de ementas de acórdãos anteriores – prática que ocorre desde os Tribunais de Primeira Instância -, sem a identificação de seus fundamentos determinantes e a demonstração de que estes se ajustam ao caso agora em apreciação, convencionou-se chamar de *ementismo*, ou seja, a eleição de julgados, escolhidos de forma parcial e invocados como se fossem o entendimento pacífico do tribunal (CRAMER, 2017, p. 99).

Há de se alertar, também, para outra prática distorcida nos tribunais: no sistema de precedentes, a súmula não deve ser aplicada de forma autônoma em relação ao precedente originário, como se ela mesma fosse o precedente ou um texto normativo. É isso que se tem feito até hoje, seja na teoria, seja na prática. Pega-se o texto da súmula e se faz a sua interpretação e aplicação de forma indiferente ao precedente originário. Esse costume decorre da própria tradição de *civil law*, ao fazer a subsunção entre a norma do dispositivo legal e o fato gerador, mas deve ser evitado (CRAMER, 2017, p. 82).

3.3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO ROL DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os precedentes devem ser seguidos independentemente de suas boas razões, vinculando principalmente as Cortes Supremas, sendo facultada a sua distinção ou superação apenas se assumido o ônus argumentativo da universalização da nova decisão. Nessa sequência, preliminarmente, é despidianda é a definição de efeito vinculante. Assim, é o conceito segundo o glossário do Supremo Tribunal Federal

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.

Efeito obrigatório de uma decisão definitiva tomada em instância superior em relação às decisões de instância inferior, as quais deverão observá-la sempre que se discuta matéria idêntica (Glossário do STF).

No Direito Brasileiro, os precedentes vinculantes encontram-se previstos em lei e, portanto, já se conhecem previamente as decisões que possuem esse *status*. Logo, o julgado, quando precedente vinculante, já nasce com essa condição e o Tribunal, no momento em que o produz, sabe que seu pronunciamento constituirá uma diretriz decisória subordinando os futuros julgamentos (CRAMER, 2017, p. 79).

Assim, no *stare decisis* brasileiro, os precedentes dos Tribunais Superiores do STF são obrigatórios, sendo certo que este pode superar os precedentes daqueles com base em sua competência recursal.

No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Ação Declaratória de Preceito Fundamental possuem efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. Por outro lado, os demais processos de competência do STF (*Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Recurso Extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim, a decisão tomada nestes remédios processuais somente possuem validade entre as partes. No entanto, por decisão do próprio Supremo, poder-se-á converter-se em Súmula Vinculante, de observância obrigatória *erga omnes*.

Ultrapassada a premissa inicial, os Tribunais, ao decidirem um caso precedente, ou mesmo jurisprudência pacificada de uma Corte hierarquicamente superior versando sobre matéria idêntica ou semelhante, deverão seguir o entendimento firmado no precedente ou na jurisprudência pacífica, ou, ainda, apresentar as razões pelas quais deixar de segui-lo. Respeitar, portanto, significa olhar, analisar, considerar o precedente e não apenas obedecê-lo (KREBS, 2017, p. 135).

Ao longo da construção desse trabalho, percebeu-se que, no tocante aos juízes de primeira instância, a nova configuração do Código de Processo Civil de 2015 confere a eles apenas a análise com percuciência e profundidade dos casos que julgarão, especialmente os casos mais difíceis, seja esta dificuldade sob a perspectiva jurídica, fática ou ambas. Aos julgadores de primeira instância, não será necessário o investimento de seu – escasso – tempo fundamentando decisões contrárias aos precedentes ou à jurisprudência pacificada, mas sim aplicando-as em prol da segurança jurídica.

Segundo a lição de Alexandre Câmara (2016, p. 59), diferentemente do que acontece nos países e tradição anglo-saxônica, o precedente brasileiro precisou, para passar a ter eficácia vinculante, de disposição legal expressa neste sentido, de maneira que no Direito Brasileiro há precedentes que são vinculantes porque essa eficácia é estabelecida por normas positivadas, e.g. art. 102, § 2.º da Constituição Federal.

Na égide do Código de Processo Civil de 2015, em consonância com a ideia mestra contida na sua exposição de motivos, as disposições legais que conferem a eficácia vinculante dos precedentes são os artigos 926 e 927. Todavia, imperioso ressaltar que, conforme visto em fundamentação alhures, a disposição sobre o Sistema de Precedentes no CPC/15 não se restringiu apenas aos artigos supracitados mas, no compasso da explanação de Aurélio Viana e Dierle Nunes, encontra-se desde a petição inicial, havendo, assim, um encadeamento das técnicas favoráveis à aplicação dos precedentes.

O artigo 927 do Código de Processo Civil, ponto nodal desta dissertação, possui a seguinte redação:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

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

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

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

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

No anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o então art. 847, I, estabelecia a jurisprudência vinculante dos Tribunais Superiores e a jurisprudência vinculante do próprio Tribunal. Sem embargo, o projeto da Câmara dos Deputados foi o que melhor deu tratamento à matéria (CRAMER, 2016, p. 179), pois se referiu expressamente ao precedente judicial, criando um capítulo destinado apenas ao assunto e prevendo uma lista de precedentes vinculantes – não apenas hipóteses de jurisprudências – expressamente considerados.

Ao revés, na volta do projeto ao Senado Federal, com o fito de aprovar ou não as modificações realizadas na Câmara dos Deputados, o relatório do então Senador da República Vital do Rêgo eliminou o capítulo específico sobre precedentes e relocou o artigo sobre o tema no Capítulo I, item “Das Disposições Federais”. Menos mal que o relatório do Senador foi claro em afirmar que sua opção foi manter a previsão dos precedentes em sua forma vinculante. Dessa maneira, afirma-se, pelo legislador, que o artigo 927 do CPC/15 possui sim um rol de precedentes vinculantes, tendo em vista que foi essa a vontade do legislador ao criá-lo (CRAMER, 2016, p. 181).

Contudo, antes de se adentrar na eficácia vinculante do supracitado artigo no ordenamento jurídico brasileiro, indispensável é conhecer suas correntes de interpretação. Na lição de Ronaldo Cramer (2016), há cinco correntes que conferem diferentes interpretações à eficácia vinculante do art. 927. A partir de agora, este capítulo passará a discorrer brevemente sobre elas para, ao final, ofertar a sua opinião própria.

A primeira corrente a tratar do art. 927 do CPC/15, cujos defensores são Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Cândido Rangel Dinamarco, Araken de Assis e Dierle Nunes, confere a ele um rol de precedentes vinculantes. Essa teoria vale-se, principalmente, do argumento

semântico, segundo o qual se encontra expresso no art. 927 que a norma determina que “juízes e tribunais devem respeitar os precedentes ali arrolados”.

Já uma segunda corrente, encabeçada por Teresa Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição e Rogério Licastro Torres de Mello, afirma que o art. 927 não estabelece nenhum precedente vinculante. Para esse entendimento, são vinculantes apenas os precedentes que contam com reclamação para forçar o seu cumprimento, mas não o rol do art. 927 do CPC/15 em si.

A terceira corrente, defendida por Alexandre Freitas Câmara, prevê que o art. 927 do CPC/15 não tem a finalidade de dar força vinculante aos precedentes ali listados, mas apenas exigir que os juízes e tribunais levem em conta tais precedentes em suas decisões. Para os defensores, os precedentes vinculantes são aqueles que vinculam por força do seu próprio regime jurídico.

A quarta corrente, por sua vez, leciona que se o art. 927 do CPC/15 fosse interpretado para abrigar um rol de precedentes vinculantes, a norma será inconstitucional, isso porque apenas a súmula vinculante e os julgados de controle direto de inconstitucionalidade possuem efeito vinculante, por conta da previsão constitucional. Para José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, apenas a Constituição pode conferir vinculação a um precedente.

Por fim, a derradeira corrente, capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, defende que apenas os Tribunais Superiores têm a missão de emitir precedentes e, todos os seus precedentes, não só aqueles previstos no rol do art. 927 do CPC/15 são vinculantes.

Na opinião pessoal deste trabalho, assiste razão a primeira corrente, que defende a existência de precedentes vinculantes, na medida em que o próprio legislador externou essa vontade na época que fora relator do projeto.

Nesse sentido, o texto legal é derivado da vontade do Poder Legislativo, desejo este que deve ser levado em consideração pelo menos no processo de interpretação da norma. Cramer (2016, p. 191) aponta, inclusive, que durante a tramitação do projeto, foi retirada a locução “em princípio” contida no *caput* do dispositivo justamente para não deixar dúvidas quanto à eficácia vinculante dos precedentes ali arrolados.

Outro ponto a ser observado, e que coaduna com a teoria de que está certa a primeira corrente, é o de que a redação do *caput* dispõe que “aos juízes e tribunais observarão”, não fazendo sentido, assim, que a observância fosse diversa da não obrigatoriedade. Aliás, o art. 927, *caput* e seus parágrafos do CPC/15, encontram-se dispostos a partir da premissa de que os

precedentes ali relacionados são vinculantes, sendo o maior exemplo disso o seu § 1.º, na medida em que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes arrolados pelo *caput*.

Apenas a título de argumentação, explica-se, sucintamente, o porquê das outras correntes não assistirem razão.

Sobre a segunda corrente, este trabalho considera que a reclamação não seja pressuposto fático para a existência da eficácia vinculante, mas, tão somente, um meio de impugnação de decisão judicial. A terceira tese peca pois, na verdade, não há diferença entre o art. 927 do CPC/15 conferir eficácia vinculante e outra norma federal fazer o mesmo. A quarta corrente não se verifica na medida em que a previsão constitucional da força vinculante da decisão de controle concentrado de constitucionalidade e de súmula vinculante deu-se pelo fato de que esses precedentes não vinculam apenas o poder judiciário, mas também a administração pública direta e indireta, o que inclui o Poder Executivo.

Por fim, a derradeira celeuma a ser apontada no presente trabalho perpassa a respeito do rol previsto no art. 927 do CPC/15 ser exaustivo ou não. Para Ronaldo Cramer (2016, p. 200), tal listagem não é exaustiva porque não há nenhum impedimento normativo para que outra norma federal possa prever eficácia vinculante para outro tipo de precedente.

No entanto, para José Costa Neto (2016, p. 10) entre as alternativas interpretativas, deve-se optar por aquela que não confira à lei palavras inúteis. Logo, é de se crer que o rol em questão é exaustivo, sendo que outras decisões de Tribunais constituirão elementos de persuasão, mas não de observância obrigatória.

Para Aurélio Viana e Dierle Nunes (2017, p. 252), atribuir efeito vinculante a qualquer decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, equiparando-a ao regime de repetitivos beira ao absurdo, pois destoa dos ordenamentos da tradição do *common law*, nos quais há um diferencial argumentativo que inexistiria com a tese de Cortes Supremas.

Na opinião pessoal dessa pesquisa, o rol do art. 927 do CPC/15 não é exaustivo, sendo que podem haver afora do artigo supracitado, dispositivos legais possuindo, da mesma forma, eficácia vinculante. Assim sendo, tem-se o art. 1035, § 8.º do próprio Código de Processo Civil de 2015, que dispõe sobre a decisão do Supremo quanto a inexistência de Repercussão Geral com força vinculante para todos os recursos extraordinários com a mesma matéria, além dos artigos da Petição Inicial, anteriormente asseverados.

Assim, conclui-se que independentemente de terem sido sumulados ou identificados na jurisprudência dominante dos tribunais, ou até mesmo serem precedentes usados

reiteradamente pela Jurisprudência Pátria, os chamados “superprecedentes” no modelo de Teoria Geral dos Precedentes adotado no Brasil por ocasião do Código de Processo Civil de 2015, não haverá dispensa da análise da razão de decidir dos precedentes em razão da existência súmulas, é dizer, não pode o julgador imiscuir-se da fundamentação de seu julgado apenas porque as súmulas ou o precedente existe e se aplica ao caso, sendo necessário, em verdade, demonstrar que se aplica ao caso e ser compreendidas à luz da leitura dos precedentes e dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos julgadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi aqui explanado, pode-se concluir que a vigência de uma nova Legislação Processual e a implantação de um sistema de precedentes, novidade na seara jurídica brasileira, causaram extrema curiosidade e preocupação aos operadores do direito em virtude dos impactos do novo regramento nos demais ramos processuais.

Por esta razão, o presente trabalho se propôs a compreender a eficácia vinculante do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, dado que antes do advento do novo código, parcamente o precedente era utilizado para compreender a norma jurídica, com exceção das súmulas vinculantes e decisões de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, ainda que a Exposição de Motivos do CPC/15 tenha se posicionado sobre a eficácia vinculante do art. 927, e neste entendimento tenha se manifestado a doutrina majoritária, não foi e nem seria possível ao ordenamento jurídico esgotar o tema.

Portanto, tal estudo revelou-se de extrema importância em razão de que as novidades trazidas pelo novel legislador, principalmente no tocante ao instituto em comento, exigem estudo didático e pormenorizado dos vieses históricos-doutrinários que originaram a discussão trazida à baila atualmente.

De proêmio, nota-se que o Código de Processo Civil de 2015 estruturou a existência de precedentes judiciais de forma inovadora para o que antes aqui havia, atribuindo roupagem vinculativa e clara em comparação aos códigos anteriores.

Isso porque os argumentos aqui levantados mostraram que o Brasil, em sua história e prática judicial, apresentou-se como um país *sui generis*, híbrido de *common law* e *civil law*, não obstante a sua predileção por esse último sistema, voltado à garantia dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, por meio de sua atuação legítima, tem o dever constitucional de proceder com a revisão judicial dos atos dos demais poderes a fim de preservar a garantia da Constituição, o chamado *judicial review*. Na tradição brasileira, cabem aos Tribunais interpretar a Constituição Federal e garantir a sua aplicação igualitária em todo o território nacional, especialmente através da máxima instância do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como garantia das posições jurídicas individuais e coletivas do cidadão.

Ademais da formação mista de *common law* e *civil law* e da mudança a passos lentos na

Teoria das Fontes do Direito e da recepção jurídica, como explanado no primeiro capítulo desta obra, vislumbrou-se uma incidente característica dogmática que supera, ao menos em parte, as justificativas contrárias à recepção dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

De tal arte, destaca-se que o presente trabalho de monografia encontrou divergências doutrinárias quanto a existência de um Sistema de Precedentes vinculantes no Direito brasileiro. Ou seja, parte da doutrina defende a tese de que há apenas um sistema de vinculação jurisprudencial que deve ser observado no momento da construção da decisão judicial, sem que haja, na verdade, um instituto propriamente dito.

De outra forma, outros doutrinadores lecionam que a rotulação do modelo aqui vigente como, agora, composto por precedentes judiciais em virtude da estruturação trazida pelo novo modelo de sistema processual, constitui-se, sim, como um Sistema de Precedentes vinculantes, corrente a qual este trabalho se filia, porque, tal como dito alhures, a respeito do sistema de importação de hábitos e tradições jurídicas, cada ordenamento forense possui suas peculiaridades - inclusive o Brasileiro - razão pela qual é necessário extrair o que se há de melhor em cada sistema e adaptar à realidade local.

Assim, concluiu-se por meio deste trabalho, que é verdadeira a tese de que em um ordenamento jurídico que reconheça a força formal vinculante aos precedentes judiciais não apresenta qualquer prejuízo à separação dos poderes, à independência do juiz ou a legalidade, especialmente no que se relaciona à submissão do magistrado somente à lei.

O pressuposto para isso seria o de que força vinculante da lei não depende dos precedentes, sendo assim errônea qualquer teoria monista de direito processual que atribua o direito a estritamente aquilo que é proclamado pelos tribunais. Em verdade, quando a lei é aplicada sem problemas relevantes de interpretação, a decisão extrai sua força da própria lei, e não da autoridade de quem o interpreta.

Além disso, foi possível inferir que nem toda decisão constituirá um precedente, uma vez que alguns julgados limitar-se-ão a aplicar os precedentes já consolidados, desprovidos de relevância do ponto de vista interpretativo e, portanto, não ocorrendo novidade na reconstrução dos fatos e do direito. E, é justamente na diferenciação entre precedentes, decisão e jurisprudência que este trabalho concluiu a tese de que precedentes somente assim o são se se considerarem normativos e vinculantes independentemente da concordância com o seu conteúdo e da bondade de suas razões.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no entender desse trabalho, a adoção de um sistema de precedentes em que o ponto nodal é a vinculação preliminar e máxima dos próprios juízes e tribunais que decidiram nos casos anteriores, ou seja, a chamada vinculação horizontal.

No entanto, desafortunadamente, ainda hoje, mesmo após três anos da implantação de um Sistema de Precedentes no Brasil, a jurisprudência ainda é invocada sem nenhum critério – sendo extraído apenas o trecho de interesse do interlocutor -, e citada apenas pelas ementas do julgador, o chamado *ementismo*.

Apenas se respeitadas as características dos direitos fundamentais envolvidos, o sistema de precedentes deixará de resultar no vício do totalitarismo judicial, pelo qual apenas os juízes de vértice serão os “donos da razão” e poderá ser considerado uma contribuição no Direito Brasileiro em prol da uniformidade do direito e racionalidade jurídica.

Apesar disso, insistentemente busca-se, sejam através de pesquisas como estas, sejam através de operadores do direito com afinco e dedicação avançadas, o uso das decisões judiciais paradigmas de forma ética e criteriosa, por meio da *ratio decidendi* e com a explicitação dos motivos de seu encaixe (ou não) ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado: Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Brazilian Precedents**. Migalhas, jun; 2014. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes]. Acesso em: 15.11.18.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LAREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coords.). **Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fiz-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/13105.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando o padrões decisórios a sério**, 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **El Derecho Comparado: Método y Finalidades : cuatro estudios de derecho comparado**. México: Porrúa, 1993.

_____. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado: Introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra. **Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: somos ainda**

Civil Law?. REVISTA DE PROCESSO, v. 258, p. 387, 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

DANTAS, Ivo. **Direito Comparado como uma Ciência**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997. Brasília a. 34 n. 134 abr./jun. 1997.

DAVID, René. **Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé: introduction à l'étude des Droits étrangers et à la méthode comparative**. Paris: Librairie Générale de Droit,

DEVÉS-VALDÉS, Eduardo. **El pensamiento latinoamericano a comienzos del siglo XX: La reivindicación de la identidad**. Mendoza: CUYO, Anuario de Filosofía Argentina y Americana, N° 14, Año 1997, ISSN N° 0590-4595, p. 22.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil** - v. 2 - reescrito em conformidade com o novo CPC. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

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

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do Direito Latino-Americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. **O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 193-210.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição Política do Império do Brazil: outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

_____. Decreto n.º 738 de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-738-25-novembro-1850-560165-publicacaooriginal-82789-pe.html>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (coleção liebman).

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (edit). **Interpreting Statutes: a comparative study**.

Dartmouth: Ashgate, 1991.

MACÊDO, Lucas Buril de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 237, p. 369-401, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Corte que Declara o "Sentido Exato da Lei" para a Corte que Institui Precedentes**. Revista dos Tribunais | vol. 950/2014 | p. 165 | Dez / 2014. DTR\2014\19786

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VI: arts. 476-495. 3. ed. rev. e aum. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SGARBOSSA, Luiz Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado: Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. 1 ed. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (edit). **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza, DIERLE Nunes. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ZAMPINI, Regina Alvarenga. **O papel da jurisprudência: da Emenda Constitucional nº 45/2004 ao novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 97, p. 177- 197, jan./mar. 2017

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente**

vinculantes, 2. Ed. rev. E atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Clarendon, 2011.