

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS – UEA**  
**ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA  
ANÁLISE DA TRANSFORMAÇÃO DA *CIVIL LAW* NO BRASIL E SUA  
APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÔNICO**

Manaus – AM

2018

MATHEUS FELIPE DE QUADROS PILAR

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA  
ANÁLISE DA TRANSFORMAÇÃO DA *CIVIL LAW* NO BRASIL E SUA  
APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÔNICO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Amazonas – UEA, como requisito parcial para obtenção do título de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Túlio Macedo Rosa e Silva.

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.**

M427f      Pilar, Matheus Felipe de Quadros  
A força vinculante dos precedentes judiciais: uma análise da transformação da civil law no Brasil e sua aproximação com o sistema jurídico anglo-saxônico / Matheus Felipe de Quadros Pilar. Manaus : [s.n], 2018. 58 f.: il.; 297 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.  
Inclui bibliografia  
Orientador: Tulio Macedo Rosa e Silva  
Coorientador: Adelson Silva dos Santos

1. precedentes. 2. vinculação. 3. civil law. 4. common law. I. Tulio Macedo Rosa e Silva (Orient.). II. Adelson Silva dos Santos (Coorient.). III. Universidade do Estado do Amazonas. IV. A força vinculante dos precedentes judiciais: uma análise da transformação da civil law no Brasil e sua aproximação com o sistema jurídico anglo-saxônico



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

**Matheus Felipe de Quadros Pilar**

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE DA  
TRANSFORMAÇÃO DA *CIVIL LAW* NO BRASIL E SUA APROXIMAÇÃO COM  
O SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÔNICO**

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. Dr. Tulio Macedo Rosa e Silva**

**Membro 2: Prof. Dr. Adelson Silva dos Santos**

**Membro 3: Prof. Dr. Igo Zany Nunes Corrêa**

**Manaus, 07 de dezembro de 2018.**

## RESUMO

Não há dúvidas de que nosso direito está em constante evolução. Todavia, normalmente o desenvolvimento do direito em um país não se desvincula das diretrizes que o orientaram quando de sua criação. Desta forma, é comum que um país cujo sistema jurídico tenha origem romano-germânica, tal como o nosso, permaneça, a princípio, com as características que assim o definam. Entretanto, o Brasil, de maneira veloz e peculiar, caminha para um sistema jurídico novo, o que nos leva a uma mudança paradigmática — uma transformação do sistema jurídico mediante aproximação com preceitos ora aceitos apenas nos ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos. Essa aproximação se dá pela internalização do conceito de precedentes judiciais vinculantes, ou seja, a atribuição de força vinculativa obrigatória a uma decisão anterior para fundamentar decisões posteriores em casos análogos. Da origem dos sistemas jurídicos da *Civil Law* e *Common Law* até os dias atuais, analisamos a mudança no poder decisório do magistrado após a vinculação aos precedentes judiciais, com influência direta na liberdade do julgador em interpretar a lei e o enaltecimento do controle social decorrente desse posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS – CHAVE:** precedentes; vinculação; *Civil Law*; *Common Law*

## **ABSTRACT**

There is no doubt that our law is constantly evolving. However, usually the development of law in a country does not dissociate itself from the guidelines that headed it at the time of its creation. In this way, it is common for a country whose legal system has Roman-German origin, such as ours, to remain, at first, with the characteristics that define it. However, Brazil, in a fast and peculiar way, is moving towards a new legal system, which leads us to a paradigm shift – a transformation of the legal system by approximation with precepts before accepted only in Anglo-Saxon legal orders. This approximation is due to the internalization of the concept of binding judicial precedents, that is, the assignment of mandatory binding force to an earlier decision to justify subsequent decisions in similar cases. From the origin of the legal systems of Civil Law and Common Law to the present day, we analyze the changes in the decision-making power of the magistrate after being linked to judicial precedents, with direct influence on the freedom of the judge to interpret the law and the enhancement of social control resulting from this position adopted by the Brazilian legal system.

**KEY WORDS:** *precedents; binding; Civil Law; Common Law*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. SISTEMAS JURÍDICOS</b> .....	9
1.1 <i>CIVIL LAW</i> : A ORIGEM DO DIREITO ROMANO .....	9
1.1.1 O DIREITO ROMANO NA IDADE MÉDIA .....	12
1.1.2 A REVOLUÇÃO FRANCESA E O DIREITO ROMANO-GERMÂNICO .....	14
1.2 O <i>COMMON LAW</i> E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO .....	21
1.2.1 O DIREITO ANGLO-SAXÔNICO NO MEDIEVO .....	22
<b>2. A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A RECONSTRUÇÃO DO BRASIL COMO PAÍS DE TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA</b> .....	28
2.1 NÚCLEO DOS PRECEDENTES: RATIO DECIDENDI X OBITER DICTUM .....	28
2.2 LEGISLADOR E JULGADOR? ALTERAÇÕES NO PODER DECISÓRIO DO MAGISTRADO BRASILEIRO NA NOVA CIVIL LAW .....	29
2.3 CONTROVÉRIAS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL .....	35
<b>3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A UNIFORMIZAÇÃO OBRIGATÓRIA</b> .....	39
3.1 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	53
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	55

## INTRODUÇÃO

A história do direito brasileiro sempre seguiu as diretrizes estabelecidas no direito romano-germânico. Para nós, por muito tempo a lei foi fonte primária do direito e a única capaz de dar legitimidade às decisões do Poder Judiciário. Entretanto, recentemente nosso sistema jurídico tem passado por uma verdadeira revolução, o que ficou ainda mais claro com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, que trouxe diversas disposições acerca dos precedentes judiciais vinculantes.

Os precedentes judiciais vinculantes, símbolo de maior expressão dos países regidos pelo sistema jurídico de origem anglo-saxônica — a *Common Law*, vêm cada vez mais sendo internalizados em nosso país, impactando diretamente nas decisões judiciais do magistrado brasileiro. Aliás, bem-vinda a esta introdução é a colocação feita pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki, segundo o qual “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”.<sup>1</sup>

Neste sentido, a atribuição de força vinculativa aos precedentes judiciais, admitindo-se a sua influência nas decisões de outros juízes ou tribunais brasileiros, altera sobremaneira a forma como entendemos o direito no Brasil, na medida em que uma decisão judicial anterior começa a possuir, de certa forma, aspectos de lei, capaz de fundamentar e legitimar as demais decisões em casos análogos e amplia-se o poder de interpretação do magistrado,

Tendo isso em vista, cresce a necessidade de maior engajamento dos estudiosos e aplicadores do direito no sentido de alcançarmos maior aprofundamento teórico sobre a matéria, ainda escassa na doutrina brasileira, embora não haja dúvidas de que nosso direito já não está mais tão enraizado nas tradições romano-germânicas como em alguns anos atrás.

Neste trabalho, temos como foco estudar as alterações trazidas pelos precedentes judiciais no que tange à garantia da segurança jurídica e à isonomia, esta, por sua vez, tratada aqui em seus sentidos material e formal, bem como a influência na confiança do cidadão brasileiro nas

<sup>1</sup>CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o common law”, afirma Teori Zavascki. *Consultor Jurídico*, 10 de novembro de 2015. Disp. em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Acesso em 24/11/2018.



decisões judiciais, vez que o jurisdicionado, deve possuir certa previsibilidade, no sentido de serem evitadas decisões surpresa.

A princípio, explicitaremos as origens dos sistemas romano-germânico e anglo-saxônico, o que oferecerá base suficiente para que o leitor entenda o porquê de, a princípio, a *Civil Law* e a *Common Law* parecerem sistemas totalmente antagônicos, ou seja, que jamais pudessem se aproximar, dados seus aspectos históricos e a própria essência — o “núcleo” — de cada sistema jurídico.

Assim, o primeiro capítulo foi inteiramente dedicado ao sistema jurídico romano-germânico — também denominado de *Civil Law*, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se o sistema desde seu surgimento para que possamos compreender como a lei tornou-se um instrumento único capaz de legitimar as decisões judiciais e trazer pacificação social por meio da segurança jurídica. Posteriormente, analisaremos as repercussões derivadas de eventos históricos relevantes, com especial enfoque na revolução francesa do século XVIII e os novos conceitos jurídicos trazidos pelo filósofo iluminista Montesquieu.

Em seguida, no segundo capítulo analisaremos as origens do sistema jurídico anglo-saxônico, berço dos precedentes judiciais vinculantes. Também denominado de *Common Law*, veremos que este sistema é bem mais recente que o adotado pela República Federativa Brasileira e possui métodos bem diferentes para alcançar um ideal comum, qual seja, a segurança jurídica acima mencionada. Objetivamos, com este capítulo, compreender como este ideal é alcançado quando leis escritas são quase inexistentes, ou até mesmo absolutamente inexistentes.

O último capítulo, por sua vez, dedica-se a apontar vários conceitos trazidos da *Common Law* ao nosso direito e a repercussão que tiveram no poder decisório do magistrado brasileiro, cuja ampliação chega a tal ponto que para alguns seja possível questionar-se se aquele não está a exercer atividade típica do próprio Parlamento. Além disso, serão analisados dispositivos recentes da legislação pátria que expressamente reconhecem a força obrigatória dos precedentes, com o fim de entendermos o rumo do nosso ordenamento jurídico nos anos futuros em decorrência dessa absorção de princípios de um ordenamento jurídico predominantemente consuetudinário. Estas mudanças, conforme mencionado alhures, já

podem ser confirmadas pela simples leitura das codificações no Brasil, devendo ser estudadas.

Portanto, ao longo do trabalho analisaremos a mutação e reestruturação de nosso sistema jurídico aliado à força dos precedentes, outrora meramente persuasiva, abordando-se sua trajetória até atingir a atual força vinculante e também a liberdade dada ao magistrado em aplicar a lei, o que possibilitará ao leitor a compreensão do paralelo a ser estabelecido entre a jurisprudência e a lei como fonte primária no Brasil, acompanhado do estudo da forma como internalizamos as técnicas de superação desses precedentes para fins de relativização de tal força obrigatória e o futuro das decisões judiciais no país.

## 1. SISTEMAS JURÍDICOS

Para entendermos a influência modificadora que os precedentes judiciais têm no modo como compreendemos a dinâmica jurídica brasileira, principalmente em termos de segurança jurídica, inicialmente é necessário estabelecermos a diferença entre os dois principais sistemas jurídicos do mundo atual — *Civil Law* e *Common Law* — sendo indispensável, para tanto, a realização de uma retrospectiva dos diversos cenários históricos que culminaram em suas criações.

### 1.1 CIVIL LAW: A ORIGEM DO DIREITO ROMANO

O sistema jurídico adotado pela República Federativa do Brasil é o sistema da *Civil Law*, sendo essa opção essencialmente derivada da tradição jurídica trazida pelos países que exploraram e colonizaram o país a partir do ano 1500, sobretudo Portugal, conforme se verá adiante.

A *Civil Law*, por sua vez, teve sua origem no século VI, entre os anos 529-534, tendo como precursora a ideia de uma ordem jurídica de aplicação concreta imutável, materializada pelo Imperador bizantino Justiniano através do *Corpus Juris Civilis* em Constantinopla, atual Istambul, na Turquia. Conforme registros históricos, Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus, conhecido como Justiniano I, governou o império romano do oriente a partir do ano 527, e seu principal objetivo era “resgatar a época clássica do direito romano, que começou por volta de 150 a.C. e terminou em 284 d.C., com o início do governo de Diocleciano. Mesmo com a queda do Império Romano do Ocidente, em 476, fruto do ápice das invasões bárbaras, o Império Bizantino resistiu bravamente, caindo apenas no século XV, após ter contribuído bastante para o resgate do passado de glórias dos romanos, especialmente na seara jurídica<sup>2</sup>”.

Após subir ao trono, Justiniano I tinha em mente substituir o Código Teodosiano, idealizado e publicado por Teodósio II no ano 438. Apesar da existência de Códigos anteriores como os Códigos Gregoriano, Hermogeniano o já citado Código Teodosiano,

<sup>2</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do Direito*, 2010, p. 86

nenhum obteve sucesso em trazer transparência e segurança ao ordenamento jurídico da época. Assim, Justiniano via no *Corpus Juris Civilis* a possibilidade de implantação de uma segurança jurídica absoluta, em que não houvesse decisões divergentes para casos substancialmente semelhantes.

[...] Uma das principais "recolhas" oficiais, isto é, compilação de textos jurídicos antigos, foi feita no período denominado Pós-Clássico a mando de Teodosiano II, ficando conhecida como Código Teodosiano. Destinava-se a conter o texto integral de todas as constituições imperiais romanas, tendo sido publicado em 438. Dividiu-se em 16 livros, reproduzindo cada constituição imperial com o respectivo autor e sua data, seguida de uma interpretação em cada caso. [...]³

Neste sentido, o *Corpus Juris Civilis*, tal qual o Código Teodosiano, originou-se da compilação de leis existentes e que foram divididas em quatro seções: o Código, o Digesto, as Instituições e as Novelas. Nos ensinamentos de John Gilissen<sup>4</sup>, o Código (*Codex*) compreendia a própria recolha de leis imperiais, que visava substituir o código de Teodosio. O Digesto (*Digesta ou Pandectas*), por sua vez, era uma vasta compilação de extratos de mais de 1.500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica e que, ao todo, formava um texto de mais de 150.000 linhas, continuando a ser a principal fonte para o estudo aprofundado do direito romano.

A terceira parte do Código de Justiniano era composta das chamadas Instituições (*Institutiones Justiniani*), que formavam um manual elementar destinado ao ensino do direito, tendo por característica maior clareza e sistematicidade que o Digesto. Foi redigida por dois professores, Doriteu e Teófilo, sob a direção de Tribiniano, sendo composta por mais quatro livros. Justiniano aprovou o texto e deu-lhe força de lei em 533. A quarta e última seção do *Corpus Juris Civilis* era composta das Novelas (*novellae* ou leis novas), que eram numerosas constituições – mais de 150 – publicadas após o *Codex*. É importante salientar que as Novelas não foram todas publicadas por Justiniano, sendo elaboradas ao longo dos 30 anos que seguiram a publicação do Código<sup>5</sup>.

Com a elaboração do *Corpus Juris Civilis*, firmou-se um ideal de aplicação estrita da

<sup>3</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, 2010, p. 86.

<sup>4</sup>GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, 2003. p. 92.

<sup>5</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, 2010, p. 87.

legislação codificada, sem margem à interpretações, para, conforme dito acima, alcançar o objetivo principal do imperador bizantino: colocar fim aos inúmeros conflitos originados dos trabalhos hermenêuticos realizados pelos jurisconsultos.

Neste sentido, William Pugliese<sup>6</sup>:

[...] Mais importante do que a própria compilação foi a proibição de Justiniano de que se fizesse qualquer referência ao trabalho dos jurisconsultos. Foi igualmente proibida a elaboração de comentários a respeito do *Corpus*. Em outras palavras, Justiniano pretendia que sua compilação fosse suficiente para resolver qualquer problema jurídico. Os comentários foram abolidos e a interpretação do texto foi dispensada. A *Civil Law* nascia em torno da interpretação de uma compilação de regras jurídicas, aliada a um de seus maiores dogmas: o de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la. [...].

É interessante destacar que, apesar da pretensão de Justiniano de elaborar o *Corpus* como um todo orgânico e interrelacionado, muitas vezes enfrentavam-se casos em que disposições de diferentes seções eram contraditórias (por exemplo, disposições entre o *Codex* e o *Digesto*). Para resolver esse impasse, os aplicadores do direito valiam-se de valores denominados absolutos e relativos. Neste sentido, reconhecer o valor absoluto das seções era ter como incontestável que cada seção gozava de sua autoridade legal. Noutro giro, o valor relativo das seções emergia da colisão entre os dispositivos respectivos, ou seja, do que conhecemos hoje como antinomias jurídicas. Para a resolução dessas questões, os intérpretes utilizavam um princípio jurídico fundamental considerado irrefutável à época: *Lex posteriori derogat legi priori*, que significa dizer, lei posterior derroga lei anterior. Por fim, no caso de antinomias entre normas de uma mesma seção, orientavam-se os aplicadores do direito pelas opiniões confirmadas pelos próprios compiladores.<sup>7</sup>

Outrossim, nos dizeres do jurista alemão Ferdinand Mackeldey, na obra intitulada *Elementos de Direito Romano*, em tradução realizada pelo jurista brasileiro Antonio Bento de Faria, ainda em 1907<sup>8</sup>:

<sup>6</sup>PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a Civil Law brasileira*, 2016. p. 24.

<sup>7</sup>PINTO JÚNIOR, João José. *Curso elementar de direito romano*, 1888 — Disponível em Acervo Digital do Supremo Tribunal Federal.

<sup>8</sup>MACKELDEY, Ferdinand. *Elementos de Direito Romano*. Edição única. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1907. p. 50

Assim é que bem depressa surgiram muitos comentários gregos sobre as obras jurídicas de Justiniano, os quais deviam naturalmente se ocupar das ulteriores modificações introduzidas no direito romano no Oriente, o que tornou a ciência do direito tão extensa, e tão incerto o uso das compilações justinianas, que, trezentos anos depois, sentia-se ainda a necessidade de dar nova redação ao direito então vigente.

Desta forma, conforme exposto, uma enorme variedade de Constituições foi publicada ao longo dos 30 anos que se seguiram à publicação do *Corpus*. Como consequência natural da dinâmica das relações jurídicas, apesar da já mencionada proibição aos comentários dos jurisconsultos sobre as Constituições, essa determinação fora descumprida durante todo o período de aplicação do ordenamento de Justiniano.

### 1.1.1 O Direito Romano na Idade Média

Após a queda do Império Romano do Ocidente decorrente da invasão e pressão dos povos germanos, os anos que se seguiram não foram marcados por grandes avanços no direito romano, especialmente durante a Alta Idade Média — conhecida como Idade das Trevas — que compreende o período entre o século V e início do século X. Durante esse período obscuro, marcado sobretudo pela escassez de registros históricos e decadência das culturas intelectuais, houve em verdade um afastamento dos europeus das compilações de Justiniano, até mesmo em razão da diminuição do contato com o Império Romano do Oriente, local de origem do *Corpus*<sup>9</sup>.

Assim, houve intensa desconfiguração do cenário geopolítico europeu durante as primeiras invasões bárbaras, iniciadas partir do século V, o que alterou profundamente o *modus operandi* das práticas econômicas locais e o próprio estilo de vida dos indivíduos. Registros históricos apontam que as primeiras invasões bárbaras eram encabeçadas pelas tribos dos ostrogodos, longobardos, alamanos, saxões, francos, burgúndios, visigodos, bretões, anglos, suevos, alanos e vândalos, que possuíam práticas econômicas frágeis e um “sistema

---

<sup>9</sup> PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*, 2016. p. 24.

jurídico” extremamente rudimentar, cujo desenvolvimento era incomparável ao do ordenamento de Justiniano<sup>10</sup>.

Entretanto, a despeito da carência de registros históricos sobre a evolução do direito romano durante a Alta Idade Média, principalmente quando em contraposição ao seu desenvolvimento durante a Baixa Idade Média, é correto dizer que foi essa aproximação dos romanos com os germanos que não só transformou o modo de vida dos povos que ali habitavam, como também deu início ao que hoje conhecemos como a *Civil Law*, também denominada de sistema jurídico romano-germânico, culminando na união dos povos para a formação e o desenvolvimento da ordem jurídica que passaria a reger os inúmeros cenários resultantes desse choque de relações interpessoais, inclusive com a transcrição do direito germânico, que aos poucos deixava de ser costumeiro<sup>11</sup>.

Assim, de forma bastante elucidativa, Rodrigo Palma<sup>12</sup>,

Os povos de origem germânica viveram espalhados por diversos territórios da Europa Central e Escandinávia. [...] Eram chamados de ‘bárbaros’ porque sua fala, no jocoso comentário romano, assemelhava-se ao ‘balbuciar das crianças’. Os germanos organizavam-se sob clãs e eram exímios guerreiros.

O desenvolvimento de estratégias militares tornou-se o fio condutor e uma cultura que considerava a beligerância uma “arte”. Também criavam gado de forma extensiva e se dedicavam ao pastoreio.

A desintegração do Império Romano deixaria muitas marcas na cultura germânica. O direito outrora consuetudinário começou a receber as formas e os métodos de sistematização próprios de seus antigos dominadores. As leis germânicas costumeiras foram, pouco a pouco, redigidas em latim. Logo foi percebida a utilidade da lei escrita para a manutenção da estabilidade do grupo social, e os mores se acomodaram a essa nova e insurgente realidade.

Neste sentido, a retomada intelectual que culminaria no desenvolvimento do direito romano (e agora também germânico), iniciou-se a partir da Baixa Idade Média, que compreende os séculos X a XV. Os primeiros estudos do direito romano (a níveis acadêmicos) se deu em Bolonha, na Itália, no final do século XI, pelos denominados glosadores. O foco,

<sup>10</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, 2010, p. 86.

<sup>11</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, 2010, p. 100.

<sup>12</sup>PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*, 2011, p.205.

em verdade, não era o direito romano-germânico em geral, mais precisamente o Direito de Justiniano — o *Corpus Juris Civilis*—, sobretudo o *Digesto*. Fica claro que, mais do que nunca, restou afastada a proibição de Justiniano quanto às interpretações do ordenamento jurídico, uma vez que o foco dos glosadores era justamente “destrinchar” o conteúdo do Corpus e refletir sobre suas disposições e eventuais aplicações às situações fático-jurídicas da época, compilando explicações e harmonizando as antinomias jurídicas, pois entendiam que os conflitos de normas eram apenas aparentes e que deveria haver um diálogo entre as normas do próprio sistema, à luz dos princípios que baseavam o ordenamento, como o já mencionado *lex posteriori derogat legi priori*, para suprir tais contradições<sup>13</sup>.

Com o passar do tempo, outras universidades foram criadas para o estudo do direito romano, difundindo-se as interpretações elaboradas durante a análise criteriosa dos glosadores e influenciando outros estudantes a também fazerem uma abordagem crítica e construtiva ao direito de Justiniano, o que impulsionou o desenvolvimento do direito da época durante a toda a baixa Idade Média e nos séculos seguintes.

Assim destaca José Fábio Rodrigues Maciel<sup>14</sup>:

[Os glosadores] tinham como característica principal a fidelidade ao Corpus Juris Civilis, interpretando-o de maneira analítica, i.e., preocupando-se essencialmente com as partes, sem se ater ao todo. Davam explicações sobre cada parágrafo dos textos clássicos, mas sem se preocupar em relacioná-los com outras partes da obra. É a chamada glosa, um comentário de um texto que segue a ordem em que é apresentado.

A chamada Escola dos Glosadores, apesar de seu trato com a coisa jurídica ter sido bastante simples, com grande respeito ao texto romano, foi essencial para fornecer a base em que os juristas que vieram posteriormente pudessem ir além do direito romano, interpretando os textos de Justiniano com maior liberdade.

Após o fim da Idade Média, a evolução no direito romano teria como nova grande força impulsionadora o evento histórico-político ocorrido no final do século XVIII — a Revolução Francesa.

<sup>13</sup>PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*, 2016. p. 25-26.

<sup>14</sup>MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, 2010, p. 121.



### 1.1.2 A Revolução Francesa e o Direito Romano-Germânico

A França do século XVIII era extremamente estratificada e passava por intensa crise político-econômica derivada das desigualdades sociais que permeavam o país. Fome e desespero abalavam o terceiro estado, como era conhecida a classe mais pobre, o que culminou em diversas reivindicações por melhorias na redistribuição de renda, diminuição de impostos, etc<sup>15</sup>.

Durante esse período turbulento por que passava a sociedade francesa, diversos estudiosos trouxeram à luz inúmeras reflexões político-filosóficas que colocariam em xeque a dinâmica jurídica da época e que revolucionariam o direito como um todo. Dentre eles, destaca-se Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, nascido em 1689. Durante sua juventude, Montesquieu fez parte da classe francesa mais abastada, com acesso às melhores instituições, que lhe proporcionaram elevada formação humanística e cultural, desenvolvida ao longo de anos de estudo, balizado em ideais iluministas. Formou-se em Direito na Universidade de Bordeaux (em Bordéus, França) em 1708, especializando-se no direito romano e retornando à Paris em seguida. Apenas um ano após seu casamento com a Jeanne Lartigue, de classe nobre, assumiu a presidência do parlamento de Bordeaux, sucedendo seu falecido tio e sendo nomeado Barão de Montesquieu<sup>16</sup>.

Durante sua vida política, Montesquieu questionou o funcionamento das leis e do Estado em todas as suas dimensões. Para ele, um Estado verdadeiramente estruturado e organizado deveria respeitar a divisão dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), que deveriam atuar de forma independente e harmônica entre si<sup>17</sup>.

Neste sentido, é relevante ao presente estudo a alusão a passagens de obra clássica de

<sup>15</sup>HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*, 2008, p.10.

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 73.

<sup>17</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, da persuasão à vinculação*, 2017. p.46.

Montesquieu, denominada “O Espírito das Leis”<sup>18</sup>, na qual o filósofo expõe o conceito do que seria a própria lei:

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis. [...]

[...] Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles próprios elaboraram; mas possuem também leis que não elaboraram. Antes de existirem seres inteligentes, eles eram possíveis; possuíam, portanto, relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes da existência das leis elaboradas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proibem é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios não são iguais.

Devem-se então reconhecer relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece: como, por exemplo, supondo que existissem sociedades de homens, que seria justo conformar-se às suas leis; que, se houvesse seres inteligentes que tivessem recebido algum benefício de outro ser, deveriam ser reconhecidos para com ele; que, se um ser inteligente tivesse criado outro ser inteligente, o ser criado deveria manter-se na dependência em que esteve desde sua origem; que um ser inteligente que fez algum mal a outro ser inteligente merece padecer do mesmo mal, e assim por diante.

Mas falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também possua leis que, por sua natureza, são invariáveis, ele não obedece a elas com a mesma constância com a qual o mundo físico obedece às suas. A razão disto é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, portanto, sujeitos ao erro; e, por outro lado, é de sua natureza que eles atuem por si mesmos. Eles não obedecem, portanto, constantemente às suas leis primitivas; e aquelas mesmas leis que dão a si mesmos, não obedecem a elas sempre.

Outrossim, Montesquieu acreditava que a lei deveria ser a razão humana e que apenas casos singulares seriam objeto de aplicação de leis políticas e civis, mas que ainda seriam derivadas, por óbvio, da razão humana. Para ele, uma lei deveria ser tão específica a uma nação, ou seja, tão adaptada às realidades próprias de um povo (em seu viés político,

<sup>18</sup>MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachaco, 2000.

econômico e social, bem como levando em conta as condições climáticas da região, a liberdade dada pela Constituição e o gênero de vida dos povos, sejam eles lavradores, caçadores ou pastores) que não passaria de um acaso absurdo a possibilidade de sua aplicação em nação diversa daquela que a criou.

O filósofo iluminista era ainda contrário a todo tipo de governo absolutista, ou seja, aquele em que o poder ficava concentrado nas mãos de uma só pessoa, que possuía liberdade para tomar todas as decisões políticas — um poder absoluto. Montesquieu, na mesma obra (o *Espírito das Leis*) defendeu ser necessário um equilíbrio de forças, que seria estabelecido pelo fim da concentração do poder na pessoa do monarca, com conseqüente divisão daquele, preferencialmente nas três esferas já citadas acima: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, vez que entendia que todos os homens com poder em algum momento seriam tentados a abusar desta prerrogativa.

Nos dizeres de Huisman<sup>19</sup>:

Montesquieu, com o intuito de fazer uma obra de ciência positiva, remodela as classificações tradicionais dos regimes políticos. Distingue três espécies de governo: republicano, monárquico e despótico. Em cada tipo de regime, que observa aqui ou ali pelo mundo, ele estuda sucessivamente a natureza, ou seja, as estruturas constitutivas que nele se podem notar, e o princípio, ou seja, o mecanismo do seu funcionamento.

Corroborando esse entendimento, com alusão à atuação do judiciário francês, Pugliese<sup>20</sup>:

[...] Aquela realidade levou Montesquieu, que conhecia muito bem a situação da magistratura francesa, a desenvolver um modelo de estado que pregava a separação dos poderes. Nesse formato, o judiciário foi rigidamente subordinado ao Parlamento, que editava leis de modo democrático, pois formado por representantes de todas as classes sociais. Ao juiz reservava-se uma atividade cognitiva capaz de produzir direitos novos. Para tanto, o magistrado era limitado não só pelas leis como também pelo poder executivo, a quem caberia o cumprimento das decisões. [...]

<sup>19</sup>HUISMAN, Denis (dir): *Dicionário dos Filósofos*. Tradução de Cláudia Berliner et alli., 2001.

<sup>20</sup>PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*, 2016, p. 27.

Como dito alhures, foram os ideais de Montesquieu e outros filósofos iluministas que, com o passar dos anos, impulsionaram a classe mais pobre da sociedade francesa a reivindicar os direitos básicos à vida com dignidade, que estavam sendo totalmente ignorados pelo monarca como forma de garantir a riqueza das classes mais nobres.

Com essa pressão reivindicatória exercida sobre o governo, o monarca Luís XVI, em 1787, decidiu convocar uma reunião que ficou conhecida como Assembleia dos Notáveis, com a presença do clero, que representava o primeiro estado e figurava no topo da pirâmide social, e dos nobres, que representavam o segundo estado. Não houve, aqui, participação do terceiro estado, que mais sofria com a situação do país. O objetivo da reunião era deliberar sobre possíveis soluções para a crise e uma forma de conter o sentimento revolucionário que crescia dentro do terceiro estado. Nesta reunião, contudo, a solução encontrada para a drástica crise que assolava o país ia totalmente contra a vontade do terceiro estado, que era composto pela maior parte da população: o aumento de impostos. Ocorre que, naquela época, só eram considerados como contribuintes dos impostos justamente os integrantes do terceiro estado, que não possuíam mais condições nem de pagar os valores exorbitantes dos tributos que já eram devidos antes mesmo da referida Assembleia<sup>21</sup>.

Nos dois anos seguintes, o sentimento de revolta já havia se difundido por toda a classe mais pobre e subjugada, que ansiava por urgentes melhorias das condições sociais. O governo francês via-se cada vez mais perto do caos total. Assim, em 1789, o imperador convocou nova Assembleia, agora com a participação do terceiro estado, ficando conhecida como a Assembleia dos Estados Gerais. Nela, todavia, os votos para cada classe social possuíam o mesmo “peso”, ou seja, a mesma importância para fins de tomada da decisão final. Por conseguinte, apesar de o terceiro estado representar cerca de 97% da população da época, seu voto era contabilizado como de mesmo valor dos votos do primeiro e segundo estados, que se uniam para decidir apenas em benefícios próprios, submetendo a classe trabalhadora às suas vontades e desconsiderando, mais uma vez, os anseios da população<sup>22</sup>.

<sup>21</sup>HOBSBAWM, Eric J. *Op. cit.*, 2008, p.18.

<sup>22</sup>HOBSBAWM, Eric J. *Op. cit.*, 2008, p.18.

Confrontados com tal situação, o terceiro estado rogou que sua classe possuísse maior representatividade nas Assembleias, possuindo maior número de deputados, e que a votação fosse por “cabeça” e não por estado. Com a mora do rei em suprir a demanda do povo, os deputados do terceiro estado reuniram-se por conta própria e, além da elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, anunciaram uma Assembleia Geral Constituinte no mesmo ano, com o objetivo de submeter o país a uma nova Constituição. Era o marco inicial da Revolução Francesa, tendo a nova Constituição entrado em vigor em 1791, sendo “a primeira Constituição genuinamente democrática proclamada por um Estado moderno”<sup>23</sup>.

De todos os cenários objetos de mudanças com o a Revolução Francesa, interessam-nos especificamente as relativas ao judiciário francês, que, conforme esclarecido acima, tomava decisões que não buscavam a justiça, tampouco eram orientadas pela imparcialidade, na medida em que favoreciam, sobretudo, a aristocracia feudal, uma vez que antes da revolução francesa tinha em sua estrutura membros da alta classe da nobreza.

Assim, nos dizeres de William Pugliese<sup>24</sup>:

[...] Havia, portanto, evidente parcialidade das decisões tomadas, o que inutilizava as leis progressistas que vinham sendo aprovadas pelo legislativo. [...] Os valores da igualdade, fraternidade e liberdade não pautavam a atuação das cortes, uma vez que os cargos da magistratura eram comprados e herdados. [...] Decorre daí que os juízes franceses anteriores à Revolução aplicavam a lei somente em benefício de sua própria classe, de modo a preservar o *status quo*. [...]

Conforme o mesmo doutrinador, Montesquieu teve ainda papel relevante no desenvolvimento da *Civil Law*, pois defendia a aplicação literal da lei, sem grande margem interpretativa, visto que esta daria azo a decisões parciais, sendo uma teoria eminentemente prescritiva<sup>25</sup>.

Para Daniel Mitidiero, desenvolveu-se a partir da teoria prescritiva de Montesquieu

<sup>23</sup>HOBSBAWM, Eric J. *Op. cit.*, 2008, p.42.

<sup>24</sup>PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*, 2016, p. 26

<sup>25</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2017, p. 47.

um mito, ou seja, uma utopia de que o juiz poderia atuar apenas com a aplicação literal da lei, deixando de interpretá-la para adequá-la ao caso concreto, devendo fazer julgamentos exatamente iguais apenas para cumprir a exigência de aplicar a lei da mesma forma nos casos nela previstos: o *juge inanimé*<sup>26</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Pugliese<sup>27</sup>, apesar de reconhecer a importância da contribuição do filósofo iluminista, entende que a teoria de Montesquieu — em sua forma pura, ou seja, do modo como inicialmente foi idealizada — já não mais se coaduna com a dinâmica jurídica atual.

Neste sentido, destaca ainda<sup>28</sup>:

[...] Para Montesquieu, portanto, o poder de julgar nada mais era do que o dever de aplicar o texto legal aos casos levados ao judiciário. O juiz não criava o direito e nem interpretava as leis. É por esse motivo que a figura do juiz foi retratada à época como a “boca da Lei” e o Poder Judiciário como um “poder nulo”.

Para que a separação dos poderes funcionasse nesses moldes, o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações. Ganhou força, assim, a figura dos códigos, monumentos legais editados com promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar com uma simples boca da lei.

Esse modelo de estado teve grande influência em todos os países que seguiram a tradição jurídica romano-germânica e por conta disso impregnou-se também no Brasil a noção de que o juiz não tem poder criativo. Ocorre que a observância da prática judicial do Brasil e dos demais países da Civil Law revela que a teoria de Montesquieu não é mais compatível com os sistemas jurídicos e com os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário.

Com a revolução, vedou-se que fossem prolatadas decisões gerais e abstratas. Além disso, caso o julgador incorresse em dúvida sobre a aplicação de um dispositivo legal, não caberia a ele interpretá-lo, mas sim fazer consulta ao Legislativo, elaborador a lei, onde este nortearia a atuação do julgador — instituto denominado “*refere legistalif*”. Outrossim, a

<sup>26</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2017, p. 47.

<sup>27</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 28.

<sup>28</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 26.

rigidez com que era fiscalizada a proibição de interpretação legal pelo juiz era tão grande que durante no período revolucionário criou-se o também a denominada *Cour de Cassation*. Por meio dela que é garantida a aplicação uniforme da lei em toda a jurisdição francesa, sendo inclusive, nos dias atuais, o órgão máximo do judiciário francês<sup>29</sup>.

Neste sentido, Mitidiero<sup>30</sup>:

Esses dois instrumentos – o *refere legislatife* o *Tribunal de Cassation* – não deixam dúvidas a respeito da ideologia revolucionária a respeito do papel dos juízes da jurisprudência dos tribunais. Em uma célebre passagem dos debates parlamentares na Assemblée Constituante, Robespierre chegou a afirmar que “*dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que l'loi*”, com o que o próprio termo jurisprudência “*doit être effacé de notre langue*”. Sendo a jurisprudência o mais odioso dos conceitos, algo totalmente inútil é mesmo perigoso em um Estado que tem uma Constituição e leis, era preciso ver a jurisdição como simples declaração de normas preexistentes. Mais do que isso: era preciso reservar a interpretação do direito ao próprio legislador (daí a razão pela qual corretamente se alude ao “legiscentrismo” da *Revolución*) e coibir a eficácia de qualquer interpretação judicial que não se limitassem o mero conhecimento e à simples expressão do texto preciso da lei. Em outras palavras caberiam o corpo legislativo a criação e interpretação das normas e ao Poder Judiciário apenas a sua mecânica aplicação. Foi com a conjugação desses instrumentos que a *Révolution* procurou assegurar a igualdade de todos diante do direito, sendo a “*jurisprudence*” da “*Cour de Cassation*” uma simples “*tentative de faire parler les lois*”.

Apenas anos depois, com a pressão que decorre logicamente do aperfeiçoamento das relações jurídicas, começou-se a relativizar a vinculação estrita do juiz à aplicação da lei. Não só na França, mas também nos demais Estados que se valiam da *Civil Law* para resolução de conflitos, passando-se a admitir interpretações pelo aplicador da lei. Além de fatores históricos políticos, alguns outros mecanismos jurídico-processuais não só impulsionaram e consolidaram, mas também ampliaram a possibilidade de interpretação das leis pelo juiz no sistema da *Civil Law* e serão estudados em capítulo próprio. Fato é que cada vez mais o sistema da *Civil Law* aproxima-se de outro relevante sistema jurídico atual, o *Common Law*,

<sup>29</sup>Conforme artigos 19 e 21 da Lei francesa de 27 de novembro, publicada em 1790, citado por Daniel Mitidiero em *Precedentes – Da persuasão à vinculação*, 2017, p. 49.

<sup>30</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p. 49.

que passará a ser estudado a seguir<sup>31</sup>.

## 1.2 O *COMMON LAW* E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO

O *Common Law* é o sistema jurídico adotado por países como a Inglaterra e os Estados Unidos e possui como principal característica a forma não-escrita, com predominância do direito consuetudinário. Já de início é possível observar que este sistema tem como núcleo um ideal diametralmente oposto ao sistema jurídico da *Civil Law*, que tem a lei escrita e positivada como fonte primária.

Dentre outras nomenclaturas, é frequentemente referido como sistema jurídico anglo-saxônico e sistema da *Case Law*, em razão de emanar de casos individuais. Ao estudarmos a origem desse sistema, apesar de não possuirmos um marco temporal inicial específico, prevalece o entendimento de que o *Common Law* mostra bem mais recente do que o direito romano-germânico já estudado, datando como seu nascimento o ano de 1066. Foi nesta data que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra<sup>32</sup>.

Foi com William, *the Conqueror*, ao obter sucesso na invasão da Inglaterra, que surgiu a ideia de tentar produzir um sistema unificado de leis no território inglês. É certo dizer, todavia, que já haviam sistemas funcionais de leis e justiça locais, mas não um sistema unitário nacional, ou seja, o sistema legal inglês caracterizava-se por um massivo conjunto de regulamentos orais costumeiros. Cada *County* (Município) ou *Shire* (Condado) possuía sua própria corte local, que por sua vez aplicava sua própria justiça, baseada em costumes que diversificavam em cada comunidade<sup>33</sup>.

É importante ainda ressaltar que as cortes locais acima mencionadas não eram como conhecemos hoje, mas sim caracterizadas por uma reunião pública informal na forma de assembleia. A esta “assembleia” eram levados os mais variados conflitos, onde seria decidido

<sup>31</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 29.

<sup>32</sup>MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law*, 2009 — Tradução de Cássio Casagrande. p. 24.

<sup>33</sup>DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução por Hermínio A. Carvalho, 2002. p. 359.



se determinado indivíduo era culpado ou inocente. Caso não fosse possível, em um primeiro momento, chegar a uma conclusão, o acusado era obrigado a provar sua inocência por meio de algum tipo de “teste”, como caminhar carregando um pedaço ferro em brasa ou retirando uma pedra de dentro de um caldeirão de água fervente, em técnica conhecida como “*Trial by ordeal*” (em tradução literal, julgamento por provação), considerado um “*judgement of God*” (julgamento de Deus)<sup>34</sup>.

Neste sentido, William, *the Conqueror*, decidiu que para exercer o poder sobre os cidadãos, era necessário um sistema central de justiça sobre o qual ele, como novo rei dos territórios que havia invadido, teria o poder. Criou-se, assim, em 1066, a chamado “*Curia Regis*”, a corte do Rei, que era, ao mesmo tempo, a corte legal e a casa Real, esta que compreendia o rei e seus orientadores de confiança. A partir deste momento, a *Curia Regis* resolveria todas as disputas entre os cidadãos. Como deslocar-se pelo território inglês não era tarefa das mais fáceis para os diversos segmentos da população, o Rei mantinha sua autoridade no reino viajando pelo país junto a corte, momento em que, literalmente sentado em um banco com seus orientadores de confiança, os cidadãos a ele levavam suas queixas em busca da justiça — daí a origem do nome *Court of King's Bench*, uma das mais importantes cortes da época<sup>35</sup>.

### **1.2.1) O direito anglo-saxônico no Medievo**

Avançando um pouco mais na linha do tempo, para os estudiosos do direito comum, é indiscutível que a partir da era Medieval, em países como a Inglaterra, os juízes já prolatavam decisões baseadas em soluções dadas por outros juízes a outros casos semelhantes, o início do que hoje conhecemos como a doutrina dos precedentes judiciais. Essa “cultura” de observância dos precedentes judiciais, presente nos países regidos pela *Common Law*, é outra das principais diferenças entre a *Civil Law*, que, conforme exposto, preza enormemente pelo dever de o juiz limitar-se a ser um mero aplicador da lei, com maiores restrições às interpretações.

<sup>34</sup>HYAMS, Paul R. *Trial by Ordeal: The key to proof in the early Common Law*. p.9.

<sup>35</sup>DAVID, René. *Op. cit.*, 2002. p. 359.

No mesmo sentido, destaca Wambier<sup>36</sup>:

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso.

Para Baptista da Silva<sup>37</sup>, diferentemente das transformações da *Civil Law* derivadas de várias investidas revolucionárias, a exemplo da estudada revolução francesa, a *Common Law* não chegou a passar por nenhuma revolução, sendo seu desenvolvimento caracterizado por longa evolução (e não revolução).

Neste sentido, Pugliese<sup>38</sup>:

Ao final da Idade Média a Inglaterra começou a trilhar um caminho de desenvolvimento judicial diferente dos demais países da Europa Continental. Na disputa pelo poder travada entre a Coroa, então ocupada pela linhagem dos Stuart, e o Parlamento, os tribunais não ficaram do lado da realeza. Pelo contrário, as investidas reais foram barradas pelos magistrados, que impediam a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pela “*law of the land*”, ou seja, o direito aplicado de forma costumeira no território inglês.

Assim, diferentemente da França, não havia na Inglaterra uma união da magistratura com a realeza buscando benefícios próprios. Aqui, os juristas acabavam por efetivamente criar o direito. O foco da *Common Law* não era apenas fazer valer o ordenamento jurídico, mas sim solucionar da melhor forma o caso concreto. Em outras palavras, seu traço mais distintivo é não se ater a simples aplicação da lei, mas adaptá-la, de forma a buscar uma decisão individual e específica para determinado caso.

Nesta época, prevalecia o conceito de *Law of the Land*, caracterizado pelo conjunto de Leis em vigor no território inglês. Foi justamente para proteger esse ideal que houve a proibição do crescimento de poder do Rei — contrariamente à sua vontade —, ou seja, atuou-se em favor da manutenção da ordem, com contenção das investidas despóticas dos

<sup>36</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e Common law*, 2009, p. 54.

<sup>37</sup>DA SILVA, Ovídio Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 1996, p. 129.

<sup>38</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 33.

governantes.

Para Paolo Grossi, como forma de garantir o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento, o direito inglês na verdade era “coisa de juristas”, cabendo apenas a eles o trabalho de fixá-lo e exprimi-lo<sup>39</sup>.

Seguindo o mesmo raciocínio, Mitidiero<sup>40</sup> faz distinção entre as maiores expressões da época relativamente à *Civil Law* (França) e *Common Law* (Inglaterra). A primeira, como já fora abordado, foi de autoria de Montesquieu e dizia respeito ao *Juges Inanimé*, em que o juiz era um ser inanimado que se limitava a aplicar a lei (era a “boca da lei”). A segunda, ligado à *Common Law*, e, portanto, mais importante ao capítulo que está sendo apresentado, relacionava-se com o conceito de “*Oracles of Law*”, cujo idealizador foi William Blackstone<sup>41</sup>, em 1765, na obra *Commentaries on the Laws of England* (em tradução livre, Comentários às Leis da Inglaterra). *Oracles of Law*, ou Oráculos da Lei, significava que os juízes seriam os “depositários da lei”, constituindo as decisões judiciais a principal e mais autoritativa prova que poderia ser dada da própria existência do *Common Law*.

Com o passar dos anos, aperfeiçoou-se esse sistema predominantemente costumeiro. Para se ter uma ideia, diferentemente do Brasil, que já teve diversas Constituições escritas, a Inglaterra possui uma Constituição não-escrita. Assim, nem mesmo a lei máxima desse país passou por uma transcrição.

É importante ressaltar que isso não quer dizer que este sistema (anglo-saxônico) carece de segurança jurídica. Muito pelo contrário. Tais países entendem que a segurança jurídica será alcançada justamente pela manutenção do seu sistema jurídico predominantemente consuetudinário e que vê nos precedentes judiciais a chave para solução justa e pacífica de conflitos. Além disso, nada impede que um país regido pela *Common Law* possua leis escritas.

Conforme exposto, destaca William Pugliese<sup>42</sup>:

A concepção de direito não escrito e costumeiro tomou o corpo a ponto de que a

<sup>39</sup>GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca, 2006. p. 50

<sup>40</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p.25.

<sup>41</sup>“*Judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law*” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England - 1765*). P. 69

<sup>42</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 34.

constituição inglesa não é escrita, mas fundada nos princípios e ideais da *Common Law*. Nas palavras de Rainer Grote, o *Common Law*, sem perder sua qualidade de direito Positivo foi investido de dignidade peculiar, refletindo uma convicção amplamente difundida de que ela era a mais alta expressão da razão natural desenvolvida e exposta pela sabedoria coletiva de muitas gerações.

As mudanças no direito, a partir de então, só poderiam ser realizadas mediante a cooperação e o consentimento dos diversos grupos de interesses representados no Parlamento. Ainda assim, o direito preexistente era capaz de negar vigência aos atos do Parlamento contrários à *law of the land* para o *Chief Justice Coke*, era possível que a *common law* controlasse os atos do Parlamento e em alguns casos os julgasse absolutamente nulos.

Nota-se, portanto, que desde sua gênese a *Common Law* tinha fontes como costumes e os princípios, sem se vincular a um corpo rígido de normas.

Além disso, é necessário deixar claro que o próprio conceito do que seriam precedentes judiciais passou por longo processo evolutivo. Na esteira da doutrina de Mitidiero, esse estudo evolutivo dos precedentes pode ser realizado por meio da análise de três expressões: ilustração, persuasão e vinculação<sup>43</sup>. Cada expressão representa um estágio da função dos precedentes, conforme se demonstra a seguir.

Na época medieval, os juízes ingleses invocavam julgamentos anteriores apenas como forma de facilitar a compreensão do caso em análise e seu julgamento, não havendo nenhuma obrigação jurídica de se utilizarem de julgamentos anteriores. Assim, ao estudar o caso concreto, o juiz inglês do medievo criava o direito naquele exato momento, porém, por vezes, quando achasse necessário, apenas para fins ilustrativos, procedia à comparação do caso com algum processo anterior semelhante que já houvesse sido julgado, sem que isso fosse fundamental para a solução do conflito<sup>44</sup>.

<sup>43</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p. 27.

<sup>44</sup>Possui relevância aqui citação constante na obra *Origins of the Common Law*, publicada em 1966, de autoria de Arthur R. Hogue, fazendo menção à Henry de Bracton, jurista inglês do século XIII, que, por sua vez, em seu livro denominado *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (*On the Laws and Customs of England*), assim escreveu: “*if any new and unwonted circumstances (...) shall arise, then if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner (si tamen similia evenerint per símile iudicentur), since it is a good opportunity for proceeding from like to like (a similibus ad similia)*”, que, em tradução livre, significa: “Se surgir qualquer circunstância nova e inesperada (...), e algo análogo tiver acontecido antes, deixe o caso ser julgado da mesma maneira, uma vez que é uma boa oportunidade para proceder de forma comparável”.

Assim, as decisões tomadas pelos juízes eram parcialmente transcritas na chamada *plea roll* — diz-se parcialmente pois nela não constavam as razões que fundamentaram aquelas decisões — e outros juízes poderiam, repita-se, caso entendessem necessário, fazer uso desses registros apenas de forma ilustrativa e informativa<sup>45</sup>.

No mesmo sentido, Mitidiero<sup>46</sup>:

Diferentemente do que acontece atualmente, nenhuma Corte que o fizesse (utilizar-se de julgamentos anteriores) imaginava encontrar-se juridicamente vinculada ao precedente.

O precedente com função ilustrativa, portanto, encontra-se na origem do *Case Law*. O direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico.

[...] Seja como for, o precedente ilustrativo servia como um recurso demonstrativo do direito que os juízes citavam em suas decisões — portanto, não funcionavam propriamente como critérios decisórios, como normas, mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*.

Corroborando o entendimento, por fim, Paulo Freire Romão e Eduardo Régis Pinto<sup>47</sup>:

[...] Nesta época, os precedentes foram amplamente utilizados para fundamentação de outras decisões, mas não eram considerados vinculantes e, muito menos, imutáveis, admitindo-se que um órgão jurisdicional, divergindo da norma contida no precedente, solucionasse a lide em sentido oposto. A praxe judicial consistia na adoção de uma linha de julgados e não de uma única decisão com efeito obrigatório, pois a observância do precedente não decorria da sua autoridade, mas da sua capacidade de enunciar os costumes.

O próximo estágio de evolução dos precedentes judiciais na *Common Law* caracteriza pela expressão “persuasão”. Isso porque, após o fim da Idade Média, os precedentes deixaram de ser vistos como mera facilidade interpretativa e passaram a ser utilizados como efetivos

<sup>45</sup> “The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgement entered on the plea roll; the reasons informing the judgement and the guiding authorities, if there were any, formed no part of the record, and, since legal discussion normally preceded the trial, onde could be sure neither of what had been argued nor that there had been argument at all” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, p.32).

<sup>46</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p. 29-30.

<sup>47</sup> ROMÃO, Pablo Freire. CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de. *Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil – Tensão entre segurança jurídica e dinâmica do direito*, 2015, p. 26.

critérios de decisão. Assim, posteriormente, na medida em que novas decisões eram proferidas, estas eram registradas nos chamados *Law Reports*, que nada mais eram que livros contendo um compilado de decisões da *Case Law*, que seriam usados para delinear o caminho a ser seguido pelo juiz em caso semelhante<sup>48</sup>.

Embora não possuíssem o caráter obrigatório que detêm nos dias atuais, havendo amplo espectro de discricionariedade para o juiz, já possível observar de forma mais clara a tendência à vinculação dos juízes aos precedentes. E é justamente a expressão “vinculação” que define o estágio final da doutrina dos precedentes, tendo tomado corpo a partir do século XVIII, com a já citada obra de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, publicada em 1765. Para ele, os precedentes judiciais só deveriam deixar de serem seguidos quando claramente injustos ou absurdos<sup>49</sup>.

Foi a partir daí que surgiu o conceito de “*stare decisis*”. Derivado da expressão *stare decisis et non quieta movere*, o *stare decisis*, que em linhas gerais, significa “respeite-se e não se modifique o que foi decidido”, significa justamente a doutrina que impõe a obrigação de vinculação de decisões a serem proferidas a decisões judiciais anteriores sobre em casos semelhantes<sup>50</sup>.

É a essência do *Common Law* moderno. A força da jurisprudência, aqui, toma proporções inigualáveis às vistas nos países regidos pela *Civil Law*, uma vez que no sistema anglo-saxônico a jurisprudência se torna a principal fonte de direito, com menor grau de valorização das codificações.

<sup>48</sup>ROMÃO, Pablo Freire. CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de. *Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil – Tensão entre segurança jurídica e dinâmica do direito*, 2015, p. 26.

<sup>49</sup> “[...] precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust”. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England – 1765*.

<sup>50</sup>ROMÃO, Pablo Freire. CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de. *Op. cit.*, 2015, p. 24.

## 2. A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A RECONSTRUÇÃO DO BRASIL COMO PAÍS DE TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA

### 2.1 NÚCLEO DOS PRECEDENTES: *RATIO DECIDENDI X OBITER DICTUM*

Para a compreensão da doutrina dos precedentes judiciais é importante estabelecer o conceito de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois é através deles que os juristas da *Common Law* utilizam a norma jurídica aplicável ao caso concreto, individualizando-se as decisões judiciais sem comprometer a essência da norma.

Como exposto nos capítulos anteriores, o precedente é a decisão que norteia o julgamento posterior de casos análogos. Divide-se ainda, conforme a doutrina, em três componentes: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação e a argumentação jurídica em torno da questão<sup>51</sup>.

Neste sentido, temos que referida tese ou princípio jurídico que motiva a decisão judicial é o que se denomina “*ratio decidendi*”, ou seja, é a regra necessária e suficiente para que seja proferida a decisão. É importante ressaltar que quando se fala em norma jurídica, fala-se em regras ou princípios, sendo aquele gênero e estes últimos espécies desse gênero.

Conforme leciona Fredie Didier Jr.<sup>52</sup>, a *ratio decidendi* não pode ter como suporte apenas princípios, devendo necessariamente possuir uma regra, visto que esta situa-se em um plano mais ativo que o plano principiológico, tendo aptidão maior para dar solução definitiva a determinado caso concreto. Que fique claro, contudo, que a mencionada regra não precisa ser necessariamente escrita.

Já o *obiter dictum* seria justamente o oposto de *ratio decidendi*. Isso porque aquele define-se como premissas ditas “de passagem” (*by the way*), possuindo sentido meramente

<sup>51</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 2*, 2016, p. 455.

<sup>52</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 2*, 2016, p. 466.

ilustrativo e que não constituem critério para decisão, ou seja, são declarações incidentais feitas pelo magistrado que servem de suporte, mas não são essenciais para a decisão<sup>53</sup>.

Além disso, o *obiter dictum*, embora não possua efeito vinculante, é dotado de especial efeito persuasivo, além de constituir fundamento futuro para a formação de um novo precedente. Logo, o que hoje é declarado incidentalmente apenas para fins de suporte na fundamentação da decisão pode vir a tornar-se a *ratio decidendi* de um caso concreto e constituir novo precedente para julgamentos posteriores<sup>54</sup>.

## 2.2 LEGISLADOR E JULGADOR? ALTERAÇÕES NO PODER DECISÓRIO DO MAGISTRADO BRASILEIRO NA NOVA *CIVIL LAW*

O ordenamento jurídico brasileiro conforme estudado, é regido pela *Civil Law*. Muito embora a lei escrita seja a fonte primária do direito, já vínhamos há tempos demonstrando aptidão para a flexibilização da ideia de que o juiz não pode interpretar a lei, mediante a internalização de mecanismos de controle jurisdicional externalizados mediante declarações do próprio magistrado, com força capaz de simplesmente determinar a inaplicabilidade de determinada lei. Além disso, estudaremos a força vinculante dos entendimentos jurisprudenciais consolidados na forma de súmulas.

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>55</sup>:

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao poder judiciário de declarar que a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

Inicialmente, destacam-se dois desses mecanismos: o controle jurisdicional

<sup>53</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Volume 2*, 2017, p. 491.

<sup>54</sup>DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 459.

<sup>55</sup>DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2012, p. 51.



difuso/concreto e o controle jurisdicional concentrado/abstrato<sup>56</sup>.

Em apertada síntese, o controle jurisdicional difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer magistrado, momento em que é declarada a inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental, com conseqüente inaplicabilidade da mesma. Assim, o foco do magistrado é no caso concreto e não na apreciação da constitucionalidade da lei em si. Isso porque nesse caso, a manifestação do juiz acerca da constitucionalidade da lei se dá por questões prejudiciais — daí a expressão “controle incidental”. Este mecanismo de controle teve origem no direito norte-americano, em 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Na ocasião, foi determinado o afastamento da aplicabilidade de uma lei que o juiz John Marshall, relator do caso, entendeu ser contrária à Constituição, lei máxima do país<sup>57</sup>.

O controle difuso tem aplicabilidade de extrema importância em nosso ordenamento desde a primeira Constituição da República (de 1891) e possui como característica importante o fato de que a decisão que afasta a incidência da lei, total ou parcialmente, possui efeitos *inter partes*, ou seja, possui influência apenas naquele caso concreto específico que estava em debate no momento em que foi proferida a decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei<sup>58</sup>.

No Brasil, no âmbito dos Tribunais, prevalece a denominada “cláusula de reserva de plenário”, ou *full bench*, com fulcro no artigo 97 da atual Constituição Federal, segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

<sup>56</sup> “O controle jurisdicional subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor (*nemo iudex sine actore*), que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro, como geralmente ocorre nos países que adotam o critério de controle difuso. Admite-se, nos sistemas de critério concentrado, o controle por iniciativa do juiz (*Richterlage* dos alemães, ou por elevação da causa, na indicação de Bidart Campos) e por iniciativa popular (*Popularklage*, ação popular). Com essas observações, podemos resumir que se reconhecem no Direito Constitucional Comparado três modos de exercício do controle de constitucionalidade: (a) *por via de exceção*, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele por isso, é também, chamado de controle concreto; (b) *por via de ação direta de inconstitucionalidade*, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade ou instituição ou pessoa do povo (ação popular). (c) *por iniciativa do juiz* dentro de um processo de partes.” (DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2012, p. 52).

<sup>57</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 2003, p. 475.

<sup>58</sup>MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, 2003, p. 480.

do Poder Público<sup>59</sup>.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup> também já se manifestou no sentido de que a declaração da inconstitucionalidade de leis ou outros atos estatais somente pode ser feita, quando em sede de fiscalização abstrata, pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial.

Neste sentido, para Marinoni<sup>61</sup> o juiz brasileiro acaba por adquirir posição de destaque na Civil Law, posto que no Brasil o controle de constitucionalidade pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, afirmando que a “magistratura ordinária” não possui essa prerrogativa quando se fala em *Civil Law* em grande parte do direito continental europeu.

Além do controle jurisdicional de origem norte-americana, o Brasil posteriormente também importou um sistema de controle que a doutrina denomina de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Idealizado pelo jurista alemão Hans Kelsen no século XX e internalizado em nosso país ainda no ano de 1945, esse tipo de controle, também denominado de controle jurisdicional abstrato das leis, tem em sua essência a finalidade de realização de um controle objetivo em relação à conformidade de determinada lei ou ato normativo à Constituição Federal<sup>62</sup>.

Assim, discute-se a constitucionalidade de determinada lei não de forma incidental, como no controle difuso, mas sim de forma direta, ou seja, é o assunto principal da discussão, manifestando-se após o ajuizamento de ações pelos constitucionalmente legitimados perante o Supremo Tribunal Federal, seja mediante ações diretas (ação direta de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), seja mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

<sup>59</sup>MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, 2003, p. 477.

<sup>60</sup> AI 591.373-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18.09.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490674>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

<sup>61</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 73.

<sup>62</sup>MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, 2003, p. 490.

Daí apontamos outra diferença presente no controle jurisdicional abstrato: este somente é realizado pelo guardião da Constituição — o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Constituição e da lei federal 9.868/99.

Assim, seguindo-se a tudo que fora exposto, surgem as seguintes perguntas: como um país com tradição jurídica essencialmente romano-germânica (*Civil Law*) sequer permite que qualquer juiz — no caso do controle difuso de constitucionalidade, por exemplo — determine o afastamento de determinada lei simplesmente por entender, dentro de sua própria convicção, que esta lei não é compatível com preceitos constitucionais? Outrossim, como poderia uma decisão colegiada, ainda que de ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, afastar a aplicabilidade de determinada lei após a declaração de sua inconstitucionalidade e a referida decisão possuir força vinculante *erga omnes*, de forma que todo e qualquer juiz singular ou tribunal deverá segui-la? Como manter a segurança nas relações jurídicas quando uma lei pode ser aplicada por um juiz e deixar de ser aplicada por outro?

Ressalte-se, por oportuno, os dizeres de Mauro Cappelletti<sup>63</sup> sobre o controle jurisdicional na *Civil Law*:

No método do controle “difuso” de constitucionalidade – no denominado método americano, em suma – todos os órgãos Judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos ao seu julgamento. Experimentemos então imaginar como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática por poucos anos também na Alemanha e na Itália – a introdução desse método “difuso” de controle nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do “*stare decisis*”. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que ontem não tinha aplicado uma

<sup>63</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1999, p.76-78.

determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua ilegitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros “contrastes de tendências” entre os órgãos Judiciários de tipo de verso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos os contrastes entre os órgãos de Justiça ordinária e os da Justiça administrativa – ou entre órgão judiciário de diversos graus: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos Judiciários e inferiores, compostos usualmente de Juízes mais jovens e, portanto, menos ligados ao certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália no período de 1948-1956 e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre os órgãos e de incerteza do direito situação pernicioso quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão Supremo da Justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento Judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.

Essas hipóteses de flexibilização da interpretação à lei no Brasil demonstram que a *Civil Law*, aqui, da forma como foi idealizada (desde o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, ou seja, sua forma pura) simplesmente seria de aplicação utópica, uma vez que limitar o juiz ao método hermenêutico literal é limitá-lo também do poder de alcançar a justiça. Nem sempre o legislador deixará suficientemente clara sua intenção quando da elaboração da lei. Imagine-se, então, por exemplo, que o juiz devesse sempre recorrer ao legislador antes de aplicar determinada lei de dúbio sentido a fim de saber exatamente qual era a vontade do legislador quando a lei foi criada: a quem recorreria se essa lei tivesse sido publicada há 100 anos? É óbvio que até mesmo internamente ao órgão legiferante houve diversas mudanças ao longo de todos esses anos, dada a evolução política, histórica, social e econômica natural a toda vida em sociedade.

Assim, as próprias decisões judiciais no Brasil foram profundamente alteradas durante sua evolução nos últimos anos, na tentativa de buscar a melhor solução para o caso concreto em discussão, ou seja, na busca da justiça e da pacificação social, a fim de consolidar a legitimidade dessas decisões, garantindo-se, sobretudo, um valor constitucionalmente protegido: a segurança jurídica.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Após simples exercício mental, fica claro que, ao respaldar-se uma decisão judicial em outra proferida anteriormente a um caso análogo — por exemplo, aplicando-se um mesmo sentido interpretativo dado anteriormente a determinada lei — aquela decisão passaria a possuir um grau de legitimidade muito maior do que quando o juiz simplesmente surge com uma inovação interpretativa, garantindo-se apropriada previsibilidade, consistência sistêmica e congruência social.

Aliás, o ideal que deve sempre estar presente nessa constante aproximação dos dois sistemas jurídicos (*Civil Law e Common Law*) é justamente a congruência. Isto porque, não basta que o ordenamento jurídico “dialogue” apenas entre as leis positivadas, sendo primordial que esteja também em sintonia com os entendimentos jurisprudenciais já consolidados<sup>64</sup>.

A própria Constituição Federal, após a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, reconheceu a legitimidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com força vinculativa capaz de direcionar o posicionamento do juiz singular e de tribunais inferiores, evidenciando a capacidade de o judiciário, de forma totalmente contrária ao espírito romanístico, praticamente exercer a atividade típica de outro poder, qual seja, o poder Legislativo. Senão, vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa

<sup>64</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2017, p.103.

oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Não há dúvidas que apenas caos seria trazido ao meio jurídico e social caso fosse permitida a interpretação da lei por parte de cada juiz da maneira que bem entendessem. Aliás, se isso é inquestionável até mesmo nos países de origem anglo-saxônica, no Brasil, que passa ainda por um processo de “experimentação” da força jurisprudencial, não poderia ser diferente.

No mesmo sentido, Dworkin<sup>65</sup> aduz que: “[os juízes] devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”.

Esclarecidos os principais temas acerca do assunto, passaremos à análise das controvérsias que surgiram quando da formação dos precedentes vinculantes no país.

<sup>65</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 203.

## 2.2 CONTROVÉRIAS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Durante o mencionado processo de internalização dos precedentes judiciais no Brasil, surgiram, como era de se esperar, algumas controvérsias acerca de sua aplicação, naturalmente em decorrência da grande transformação que vêm sofrendo nosso sistema jurídico. Importante ressaltar que essas teorias também já foram objeto de discussão nos países que hoje são regidos pela *Common Law*, de forma que a resposta para muitas dessas questões pode ser retirada da experiência desses países.

Entre elas, encontra-se o argumento de que a concessão de poder vinculante aos precedentes judiciais leva ao engessamento do sistema<sup>66</sup>, imobilizando-o a ponto de prejudicar a própria evolução do direito. Para esta teoria, os precedentes não admitem alterações, de forma que qualquer ordenamento jurídico que segue uma jurisprudência vinculante, em verdade está restringindo a dinâmica das regras jurídicas, o que não pode ser aceito.

O que esta doutrina não considera, entretanto, é que os precedentes judiciais já não são mais imutáveis como costumava-se considerá-los nos sistemas de origem. Assim, o surgimento das técnicas de superação dos precedentes judiciais, que serão vistas no próximo capítulo, demonstra claramente a alteração no tratamento da força vinculante jurisprudencial<sup>67</sup>.

Neste sentido, Pugliese<sup>68</sup>:

Ora, a premissa de que a *common law* não admite alteração de seus precedentes cai por terra ao se observar qualquer sistema fundado nessa tradição. Até mesmo na Inglaterra, onde os precedentes já foram imutáveis, as cortes têm o poder de revogar seus precedentes. Os requisitos para tanto é que a alteração evite a injustiça de um caso concreto e o devido desenvolvimento do Direito.

Ou seja, na Inglaterra, as duas possibilidades para a revogação de um tornam a crítica do engessamento vazia. Constatado pelo tribunal superior que sua decisão é

<sup>66</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

<sup>67</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2010, p. 73.

<sup>68</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

causa de injustiça ou de óbice para o desenvolvimento do Direito, a corte tem o dever de rever o precedente. [...]

[...] Não há como discordar a respeito da evolução da sociedade e da complexidade dos relacionamentos entre indivíduos. No entanto, esse desenvolvimento não seria possível se todas as regras jurídicas estivessem sujeitas às discussões no Judiciário. É preciso ter um mínimo de rigidez para que exista segurança.

A outra crítica relativa aos precedentes judiciais refere-se à independência do magistrado. Para esta teoria, ao obrigar-se o juiz a decidir em determinado sentido, afeta-se a forma como o magistrado pode proporcionar a melhor prestação jurisdicional aos cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário para solução de conflitos<sup>69</sup>.

Já em um primeiro momento, é interessante observar que essa teoria está intimamente ligada à crítica do engessamento do direito acima mencionada, pois ao afetar-se a independência do juiz, afeta-se também o desenvolvimento do direito como um todo, afinal, são os juízes e tribunais quem dão a palavra final a um conflito no caso concreto.

Neste sentido, essa teoria incentiva, ainda, a desobediência do juiz aos precedentes, de forma que os tribunais responsáveis pela elaboração desses precedentes sintam-se coagidos a reformá-lo. Assim, considera que os juízes — e os tribunais inferiores — incentivariam a evolução no direito, cuja amplitude foi reduzida justamente pela atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais<sup>70</sup>.

Entretanto, essa teoria também não considera que os precedentes não são mais imutáveis, de forma que não há necessidade de uma “desobediência judicial” pelos órgãos judiciários inferiores para que os tribunais que criaram os precedentes revejam sua jurisprudência, considerando a dinâmica do direito e em respeito aos princípios da igualdade e segurança jurídica.

<sup>69</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 70.

<sup>70</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 72.



Neste sentido, William Pugliese<sup>71</sup> manifesta-se contrário a esta teoria:

Em primeiro lugar, os tribunais inferiores podem estimular a mudança de opinião das cortes supremas sem divergir. Isso pode ser feito por meio da concordância crítica, ou seja, uma decisão que adota o precedente, mas ao mesmo tempo expõe deficiências do precedente e incentiva o tribunal superior a rever seu posicionamento.

A concordância crítica tem seus pontos positivos defendidos pela tese da desobediência judicial, mas ao mesmo tempo não sofre suas deficiências, pois, ao aplicar o precedente, o juiz não subverte o ordenamento e não fere os princípios que justificam o respeito às decisões.

[...] O segundo argumento que contribui para abandono da tese da divergência judicial é o de que o incentivo a esta prática pode resultar no abuso de discricionariedade. Qualquer critério que permitisse a revogação de precedentes por um tribunal inferior deveria fazer menção a um “erro” ou expressão semelhante. Um critério desta ordem é, necessariamente, elástico e poderia ser maleado por um juiz para chegar a um resultado desejado diferentemente daquele pregado pelo precedente.

Apresentadas as considerações necessárias, a seguir estudaremos a uniformização jurisprudencial no Brasil e a formação dos precedentes vinculantes no país.

<sup>71</sup>PUGLIESE, William. *Op. cit.*, 2016, p. 73.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A UNIFORMIZAÇÃO OBRIGATÓRIA

O legislador brasileiro positivou o artigo 926 do atual Código de Processo Civil, aduzindo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Para impulsionar a concretização desse dispositivo, o mesmo artigo ainda vai além, ao estabelecer o dever de os tribunais editarem súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante, devendo ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Objetivou-se, com isso, a clareza na exposição do posicionamento a ser seguido, reduzindo-se o número de sentenças e acórdãos submetidos a reformas futuras.

Assim, é importante deixar claro que, no Brasil, nem todas as decisões judiciais formarão precedentes vinculantes. Aliás, em nosso país, a rigor, as únicas súmulas que deve obrigatoriamente ser seguida por todos os juízes e tribunais inferiores são as súmulas vinculantes, que, como se infere do próprio nome, não deixam margem de discricionariedade ao juiz no momento de sua aplicação.

As demais súmulas, como as proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho, servem apenas como diretriz a ser seguida, ou seja, são norteadoras das demais decisões judiciais. Sendo assim, é certo dizer que as referidas súmulas são dotadas apenas de efeito persuasivo, sendo desprovidas do efeito vinculativo encontrado nas súmulas vinculantes<sup>72</sup>. Ou, pelo menos, assim era estabelecido até a entrada em vigor da codificação processual civil em vigor conforme passará a ser analisado oportunamente.

Outro ponto relevante no estudo dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, é saber que, para a aplicação de um precedente judicial, o magistrado não precisa se deparar com casos idênticos, até porque isso seria até impossível em algumas situações. Deve-se buscar, portanto, identidade de fundamentos, ou seja, similaridade no “núcleo” dos casos

<sup>72</sup>“Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.” (DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 466).

concretos postos em análise, conforme Enunciado 59 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF/STJ<sup>73</sup>: “Não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes”.

É certo que a regra no Brasil continua sendo a de força meramente persuasiva dos precedentes judiciais, porém a força vinculante mostra-se cada vez mais presente. Assim, se de um lado temos a flexibilização da atuação do juiz como simples aplicador da lei, o que a princípio garantiria mais liberdade ao magistrado para conduzir o caso concreto, do outro lado temos novamente uma redução dessa liberdade, agora pela observância obrigatória de precedentes judiciais.

Neste sentido, o artigo 927 do CPC inovou ao estabelecer um rol de precedentes a serem observados pelos magistrados. O direito brasileiro como um todo e a doutrina processualista civil debruçam-se a partir daí sobre um novo cenário jurídico-processual no Brasil. A legislação positivada simplesmente ampliou expressamente as hipóteses de observância obrigatória dos precedentes judiciais, vinculando o magistrado não mais apenas às súmulas vinculantes. Definitivamente um enorme passo no desenvolvimento do nosso sistema jurídico, ao caminhamos para um sistema totalmente novo, derivado de uma verdadeira “mutação evolutiva” da *Civil Law* ao internalizar e expressamente reconhecer preceitos ora existentes apenas no sistema jurídico anglo-saxônico.

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;

<sup>73</sup>Em Brasília, nos dias 24 e 25 de agosto de 2017, realizou-se a I Jornada de Direito Processual Civil do CJF/STJ, que teve como resultado a aprovação de 107 Enunciados destinados a resolver pontos controversos do recente Código de Processo Civil.

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

Para Fredie Didier Jr.<sup>74</sup> este rol não é taxativo, ou seja, as hipóteses ali presentes são meramente exemplificativas, de forma que precedentes judiciais podem ser ainda obrigatórios sem necessariamente estarem elencados no artigo 927 do CPC.

Outrossim, destaca Daniel Mitidero<sup>75</sup>:

A compreensão da teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a liberdade e a igualdade a partir daí devem ser pensadas também diante do produto da interpretação e a segurança jurídica diante de um quadro que englobe tanto a atividade interpretativa como seu resultado. Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional.

Torna-se relevante apontar também que para grande parte da doutrina, embora a lei continue sendo a fonte primária do direito no Brasil, a força vinculante dos precedentes não necessita ter sido atribuída expressamente uma lei positivada, ou seja, que prescindir de regra de direito positivo atribuindo eficácia normativa às *ratione decidendi* basilares de certas decisões judiciais, ao argumento de que a vinculação decorre da consideração do ordenamento jurídico de forma integral, valorando-se princípios como a liberdade, igualdade e segurança jurídica<sup>76</sup>.

Seguindo esta linha de raciocínio, note-se, por oportuno, como o juiz brasileiro não mais é controlado apenas pela lei positivada, de forma que ainda que determinado caso concreto não esteja expressamente previsto em lei, antes de inovar no julgamento desse caso,

<sup>74</sup>DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 508

<sup>75</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2017, p. 84.

<sup>76</sup>“(…) O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, como elemento indissociável da cognoscibilidade. Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para a densificação da segurança jurídica. Isso implica que casos iguais sejam tratados de forma igual por todos os órgãos jurisdicionais a partir do conteúdo dos precedentes e que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e seu resultado”. (MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p. 86).

o magistrado deverá buscar na jurisprudência (súmulas vinculantes, decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos em IAC ou IRDR, etc.) se este ou outro caso análogo já não foi objeto de discussão e teve entendimento consolidado em determinado sentido.

Entretanto, acompanhadas das hipóteses de obrigatoriedade de aplicação do precedente, surgem, como não poderia ser diferente, questões em que o magistrado entenda que, embora os casos sejam aparentemente análogos, a decisão a ser proferida em determinado caso concreto deva ser diferente.

Nesses casos, o juiz, enquanto administrador do direito, ao fazer uso de técnicas de confronto e comparação entre o precedente paradigma e o caso concreto — técnicas denominadas *distinguishing*, ao não visualizar identidade em relação à *ratio decidendi*, deverá, por óbvio, deixar de aplicar este precedente. Que fique claro que não só a decisão que reconhecer a distinção deverá ser suficientemente fundamentada, como também a própria alegação distinção por alguma das partes no processo, em sede de recurso, por exemplo. Assim, seguindo o exemplo dado, a parte que alega o *distinguishing* para fins de reforma da decisão que foi proferida em consonância com um precedente pode ter seu recurso improvido em caso de fundamentação insuficiente.

Bem assim reconhecido em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça<sup>77</sup>, citada a seguir:

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MULTA. DÍVIDA DE VALOR. PRESCRIÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. DISTINGUISHING. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO. FALTA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES**

<sup>77</sup> STJ. Resp. 1.727.621 - PR (2018/0046911-0). Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 31/10/2018. Disponível em [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1727621\\_86c4e.pdf?Signature=oM5BTns1GwbJm7W%2B4%2Fy9U8lyYNM%3D&Expires=1543779510&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=f923d05548eff34af1f1000f89a1cea9](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1727621_86c4e.pdf?Signature=oM5BTns1GwbJm7W%2B4%2Fy9U8lyYNM%3D&Expires=1543779510&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=f923d05548eff34af1f1000f89a1cea9)> Acesso em 14/11/2018.

**DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1.**

Nos termos da jurisprudência vigente nesta Corte Superior de Justiça, inexistente qualquer violação ao princípio da colegialidade quando o relator, monocraticamente, julga o recurso especial, fundamentando suas conclusões em jurisprudência firmada nesta Corte Superior. Precedentes. 2. In casu, consta da decisão agravada que esta relatoria, ao analisar a tese debatida no recurso especial, fundamentou suas conclusões em precedentes oriundos da Terceira Seção, bem como das Turmas que a compõem, estando, desse modo, embasado em jurisprudência dominante neste Sodalício, situação que autoriza a prolação de decisão monocrática. 3. Este Superior Tribunal de Justiça entende que a aplicação da técnica do *distinguishing*, para fins de afastar a incidência de determinado precedente, requer a efetiva demonstração, por parte de quem o alega, acerca dos pontos que diferenciem a situação do caso abordado nos paradigmas. 4. No caso em exame, o agravante, ao mencionar a existência de diferenciação entre a causa debatida no recurso especial e os precedentes aplicados por esta relatoria no julgamento do apelo nobre, apenas mencionou julgado prolatado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca sem, ao menos, apontar quais elementos aproximam ou afastam o caso da hipótese de incidência da jurisprudência consolidada aplicada no julgamento singular. 5. Agravo improvido.

É importante ressaltar, contudo, que a decisão do magistrado brasileiro que opte por afastar a incidência do precedente por entender serem diferentes os casos analisados poderá ser objeto de reforma por erro no procedimento de distinção, caso em que será, ao final, aplicado ao caso concreto o precedente anteriormente afastado. É o que a doutrina atribui o nome de *inconsistent distinguishing* ou distinção inconsistente.

Citemos como exemplo julgamento recente do TJ-SP<sup>78</sup>:

**Agravo de Instrumento. Art. 1037, § 9º do CPC.** Reforma da decisão que determinou suspensão, por reconhecimento de *distinguishing* entre o caso em tela e aquele afeto ao RE 852.475 (Tema 897). Revogação da suspensão e determinação de regular prosseguimento do feito. Recurso provido.

78 TJ-SP 2243779-94.2017.8.26.0000, Rel. Fernão Borba Franco, julgado em 30/07/2018, Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_22437799420178260000\\_1d8ab.pdf?Signature=RD0m9xfsQCTuhvCOJDibhUHTjk8%3D&Expires=1543778918&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=da7cd41ba4265dfbeac2fc5d1735e4b0](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_22437799420178260000_1d8ab.pdf?Signature=RD0m9xfsQCTuhvCOJDibhUHTjk8%3D&Expires=1543778918&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=da7cd41ba4265dfbeac2fc5d1735e4b0)>. Acesso em 14/11/2018.

Assim, reitera-se a ideia de que o juiz brasileiro começa a raciocinar de maneira similar a um juiz da *Common Law*, passando a trabalhar com os precedentes como se verdadeiramente estivesse a aplicar uma lei. Corolários dessa aceitação da força obrigatória dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, surgem também a necessidade de se utilizar das chamadas técnicas de superação dos precedentes, aplicáveis quando o motivo que antes fundamentava aplicação de determinado precedente deixa de existir.

As principais técnicas de superação dos precedentes são as denominadas *overruling* e *overriding* e como dito, têm como objetivo principal fundamentar a não observância de um precedente que outrora era aplicado nos casos semelhantes ao que se debruça o julgador quando da aplicação de tais técnicas de superação. Importante destacar que nosso ordenamento jurídico aceita as duas técnicas, embora presentes algumas exceções, conforme se verá a seguir, baseando-se em nossa Constituição Federal.

### 3.1 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O *overruling* é a técnica pela qual o magistrado relativiza a força vinculante de um precedente para possibilitar a aplicação de outro precedente, daí dizer que o precedente que perdeu força vinculante foi revogado (*overruled*), para que outro precedente passasse a vincular o caso concreto. Isso ocorre porque o precedente agora *overruled* não constituiria correta solução para o caso concreto, prejudicando sua congruência social e sua consistência sistêmica<sup>79</sup>.

No Brasil, o *overruling* está previsto na própria legislação processual civil, especificamente em seu artigo 927, §§2º e 4º, estes que serão mais uma vez abordados oportunamente. Fato é que, com esta técnica, supera-se totalmente o precedente, ou seja, supera-se a própria *ratio decidendi*, sendo justamente isso que a diferencia do *overriding*, conforme será melhor estudado em momento apropriado.

<sup>79</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2017, p.103.

O *overruling* diferencia-se, ainda, em duas espécies: *express overruling* (*overruling* expresso) e *implied overruling* (*overruling* implícito). O *overruling* expresso ocorre quando o tribunal que criou o precedente decide de forma expressamente fundamenta pelo abandono do precedente anterior e esclarece o porquê da utilização do novo precedente<sup>80</sup>.

Já o *implied overruling* é justamente o oposto da subtécnica anterior, ou seja, aqui, o magistrado deixa de fazer uso do precedente, relativizando sua força obrigatória, e, sem fundamentar expressamente o porquê dessa decisão, utiliza-se de novo precedente judicial. Pelo próprio conceito de *implied overruling*, já é possível inferir que este não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro<sup>81</sup>.

Isso porque os precedentes judiciais foram internalizados à luz da nossa Constituição Federal, que expressamente determina, em seu artigo 93, IX, que estarão maculadas de nulidade todas as decisões do poder judiciário desprovidas de fundamento expresso. Senão, vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

No mesmo sentido o atual Código de Processo Civil, que, além de reconhecer a possibilidade de mudança em seu artigo 927, conforme dito alhures, também estabelece, nas linhas estabelecidas pela nossa Constituição Federal, a obrigatoriedade de fundamentação expressa em caso de superação de precedente, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

<sup>80</sup>DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 508.

<sup>81</sup>DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 508.



Além disso, a própria legislação processual civil, em seu artigo 927, §3º, admite sejam modulados os efeitos da decisão que deixa de observar determinado precedente, sempre com base no interesse socialmente relevante e nos princípios acima elencados.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 2ºA 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.

§ 3ºNa 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.

§ 4ºA 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.

De forma bastante elucidativa, é oportuna a seguinte lição de Fredie Didier Jr. sobre o *overriding* no direito brasileiro e a mudança de posicionamento da jurisprudência dominante no país<sup>82</sup>:

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede a alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.

O ordenamento brasileiro prevê técnicas de superação dos precedentes judiciais e dos enunciados sumulares a partir deles produzidos, embora não utilize a denominação que lhes é atribuída pelo direito anglo-saxônico. É o que se dá, por exemplo, com o processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, que tem previsão no art. 103-A, §2º da Constituição, na Lei nº 11.417/2006 e no regimento interno do STF.[...]

<sup>82</sup>DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 509.

Por fim, antes de estudarmos o que seria o *overriding*, transcrevemos a seguir dois julgados, de tribunais distintos — TRT 4ª REGIÃO<sup>83</sup> e Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>84</sup> — que ilustram bem a aplicação do conceito de *overruling* pelos tribunais brasileiros.

**CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 86 DESTA CORTE. OVERRULING.** O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no ARE n.º 1018459/PR, fixou tese jurídica no tema n.º 935, de repercussão geral, na qual declarou a inconstitucionalidade da instituição, por acordo, convenção coletiva, ou sentença normativa, de contribuições que sejam impostas indistintamente a todos os empregados integrantes de uma determinada categoria, inclusive àqueles que não sejam sindicalizados. Diante da manifestação do Pretório Excelso, bem como tendo em consideração o efeito vinculante que é próprio dos recursos extraordinários em que reconhecida a repercussão geral, é caso de afastar a interpretação antes dada por esta Corte aos artigos 513, alínea e, da CLT, e 8.º, inciso IV, da CF/1998, constante na Súmula n.º 86, e adotar a compreensão esposada no ARE n.º 1018459/PR, pela técnica da superação de precedente sumulado, denominada *overruling*. Recurso ordinário interposto pelo sindicato-reclamante a que se nega provimento, no tópico.

**ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL. REGISTRADA. PEDIDO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA. ART. 33, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. NÃO CABIMENTO. NOVA COMPOSIÇÃO DO COLEGIADO. INSUFICIÊNCIA PARA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE FIRMADO POR MEIO DA TÉCNICA DO OVERRULING. DESPROVIMENTO.** 1. Consoante já decidiui esta Corte, "a multa prevista no § 3º do art. 33 da Lei nº 9.504/197 somente incide se houver divulgação de pesquisa não registrada perante a Justiça Eleitoral, o que não se confunde com a hipótese de divulgação de pesquisa registrada que é feita sem referência a todas informações previstas no caput do dispositivo citado." (AgR no REspe nº 361-41, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 7.8.2014). Precedentes. 2. A alegação de nova composição do colegiado não constitui argumento suficiente para demonstrar a necessidade de se fazer incidir a técnica do *overruling*, a fim de

<sup>83</sup>(TRT-4 - RO: 00213516020165040251, Data de Julgamento: 28/02/2018, 9ª Turma), Rel. Min. Joao Alfredo Borges Antunes De Miranda, Disponível em <[https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=158462&p\\_grau\\_pje=2&p\\_seq=21351&p\\_vara=251&dt\\_autuacao=24%2F08%2F2017&cid=298812#](https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=158462&p_grau_pje=2&p_seq=21351&p_vara=251&dt_autuacao=24%2F08%2F2017&cid=298812#)> Acesso em 14/11/2018.

<sup>84</sup>(TSE - RESPE: 61849 CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - ES, Relator: Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Data de Julgamento: 19/12/2017, Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE\\_RESPE\\_61849\\_02c4a.pdf?Signature=dFe12ychbKpi7iPdzvRHBDWwIHk%3D&Expires=1543782149&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB A&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d72740c6145854d2d10db381257d6c40](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE_RESPE_61849_02c4a.pdf?Signature=dFe12ychbKpi7iPdzvRHBDWwIHk%3D&Expires=1543782149&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB A&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d72740c6145854d2d10db381257d6c40)> Acesso em 14/11/2018

promover a revisitação das razões que fundamentam os precedentes impugnados, com novo pronunciamento deste Tribunal Superior sobre o tema. 3. Agravo regimental desprovido.

A última técnica de superação de precedentes relevante ao nosso estudo denomina-se *overriding*. Esta técnica tem como característica o fato de que sua aplicação possui menor alcance em termos de alteração do precedente do que o *overruling*. Isso porque no *overriding* a superação do precedente é meramente parcial; não há superação da *ratio decidendi* como acontece no *overruling*, mas sim limita-se a incidência do precedente parcialmente superado.

É importante salientar que, para alguns doutrinadores, o *overriding* é uma espécie do gênero *overturning*, significa a superação parcial de um precedente. Nesta doutrina, o *overriding* figuraria como a técnica de reescrever o precedente para incluir neste a limitação parcial de sua aplicação. O autor<sup>85</sup> traz, ainda, outra espécie de *overturning*, denominada de *transformation*, onde há, como se infere do próprio nome, a transformação do precedente para inclusão e adequação de questões juridicamente relevantes para a decisão de casos futuros.

Neste sentido, Mitidiero<sup>86</sup>:

A alteração parcial de um precedente (*overturning*) pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Isso porque para a promoção da unidade prospectiva do Direito pode não ser oportuna ou necessária a superação total do precedente. Há *transformação* quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevante na decisão anterior. Em tese, a transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível. Há *reescrita* quando a corte redefine o âmbito de incidência do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que não foi considerado na decisão anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido.

Outrossim, aplicam-se aqui as mesmas considerações acerca da fundamentação das

<sup>85</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2017, p. 491.

<sup>86</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p.103.

decisões quando da aplicação do *overruling*, ou seja, tanto a superação total (*overruling*) quanto a superação parcial (*overriding*) devem ser expressamente fundamentadas, para garantir-se, sobretudo, isonomia, segurança jurídica e a proteção da confiança. Vejamos, então, acórdão do TJ-ES<sup>87</sup> que bem ilustra a aplicação do *overriding* no Brasil.

EMENTA AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CIVIL. COMÉRCIO DE ÓCULOS DE SOL SEM GRAU. ALVARÁ. ATUAÇÃO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. EXIGÊNCIA DE REQUISITOS PRÓPRIOS DAS ÓTICAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. julgamento extra petita. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - O comércio de óculos de sol não mais é considerado matéria de saúde pública, estando, por isso, dispensado do regime de vigilância sanitária municipal, razão pela qual a equiparação dessa atividade às empresas óticas ultrapassa os limites do poder regulamentar e do poder de polícia da municipalidade. *Overriding*, em função da superveniência de uma regra. (TJES, Classe: Remessa Ex-officio, 24080300593, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/08/2009, Data da Publicação no Diário: 02/09/2009) II - Afasta-se a alegação de julgamento extra petita, se consta textualmente do petitório inicial pedido para que a vigilância sanitária municipal se abstinhasse de fazer certas exigências, o que implica em necessariamente se reconhecer a ilegalidade da atuação da municipalidade, razão de ser da presente demanda. III - Agravo interno conhecido, mas não provido.

Surge, diante de todo o exposto, mais um questionamento: se o Brasil adota o controle de constitucionalidade, por meio do qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, o mesmo ocorre com os precedentes? Ou seja, admite o ordenamento jurídico brasileiro que qualquer juiz ou tribunal afaste a incidência de um precedente judicial dotado de força vinculante utilizando-se das regras de superação de precedentes?

A resposta, evidentemente, é negativa. Isso porque, o Brasil, assim como outros países, estabelece uma hierarquia funcional entre os diversos órgãos do poder judiciário e esta deve

<sup>87</sup>(TJ-ES - AGV: 00310318920088080024, Relator: MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Data de Julgamento: 03/10/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL. Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJES/IT/AGT\\_24080310311\\_ES\\_1318679508973.pdf?Signature=YZqbsqrzSIJ%2FeJDGKOK0VI%2FQTAY%3D&Expires=1543782345&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d16e85d58368f6ada7f19ed30caf8e5a](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJES/IT/AGT_24080310311_ES_1318679508973.pdf?Signature=YZqbsqrzSIJ%2FeJDGKOK0VI%2FQTAY%3D&Expires=1543782345&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d16e85d58368f6ada7f19ed30caf8e5a)> Acesso em 14/11/2018.

ser obedecida. Neste sentido, prevalece que apenas o tribunal que deu origem ao precedente poderá revisá-lo para fins de superação total ou parcial, de forma que o juiz de 1º grau ou um tribunal inferior (nos casos de o precedente ter sido criado por um tribunal superior) que deixe de aplicar determinado precedente sob o argumento da superação deste, deverá ter sua decisão reformada.

Corroborando o exposto, Daniel Mitidiero<sup>88</sup>:

No que tange à competência para superação do precedente, é evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. Vale dizer: apenas o Supremo Tribunal Federal pode se agastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um precedente apenas por que não concordam com a solução nele formulada, isto é, com o seu conteúdo. É um equívoco que decorre da falta de compreensão da natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com Cortes Supremas — de interpretação e não de controle, de precedentes não de jurisprudência — imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e as soluções meles formuladas.

Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema não está dessa divergindo. Está, na verdade, desobedecendo à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. A possibilidade de divergência pressupõe cortes que ocupem o mesmo grau na hierarquia judiciária.; Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com seu conteúdo equivale supor que inexistente ordem e organização na estrutura do Poder Judiciário e que todas as cortes judiciárias desempenham a mesma função dentro do sistema de distribuição de justiça — o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Diante de todo o exposto, observa-se que o sistema jurídico brasileiro está passando por uma verdadeira reconstrução: perde-se cada vez mais as características derivadas de um sistema jurídico milenar — a *Civil Law*. O sistema romano-germânico possui bases fortes, derivadas de enorme processo evolutivo, que resultou na sua consolidação. Todavia, nosso

<sup>88</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2017, p. 104.

país tem demonstrado, conforme visto ao longo de nosso estudo, profunda inclinação aos princípios do direito anglo-saxônico, com manifestação mais clara e recente através do Código de Processo Civil em vigor.

E justamente com essas mudanças estruturais no direito brasileiro é que buscamos a satisfação de alguns dos maiores valores constitucionalmente protegidos: isonomia — em sentido formal e material — e segurança jurídica. Além disso, o desenvolvimento do nosso sistema aprimora nossas instituições na busca da resolução dos conflitos e enaltece a confiança da população em tais instituições. A internalização dos precedentes judiciais e seu progressivo tratamento no nosso país como verdadeira fonte do direito assegura a todos, principalmente aos jurisdicionados, certa previsibilidade das decisões judiciais, de forma a evitar decisões surpresa e a celeridade processual adequada à solução do caso concreto<sup>89</sup>.

Por fim, ressalte-se que a integração de nosso sistema com os precedentes judiciais vinculantes não significa que deveremos abandonar a forma escrita das codificações, tampouco de nossa Constituição (vale dizer, a mais democrática da história de nosso país). Nasce, entretanto, a possibilidade de existência de um meio-termo entre os dois maiores sistemas jurídicos do mundo, a *Civil Law e a Common Law*, com o objetivo de trazer ordem social e garantir-se o anseio maior do Direito em qualquer país democrático: a Justiça.

<sup>89</sup>PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*, 2016, p. 64.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os precedentes judiciais têm alterado profundamente as decisões dos magistrados no Brasil. Com o presente trabalho, espera-se contribuir para o crescimento do estudo sobre o assunto no país, uma vez que tais mudanças no poder decisório do julgador repercutem diretamente na maneira como o jurisdicionado encara nossas instituições. Com a apresentação dos diversos fatores que contribuíram para a formação dos dois maiores sistemas jurídicos atuais — *Civil Law e Common Law* —, pudemos visualizar de forma clara os motivos pelos quais ambos se firmam num ideal de justiça a ser alcançado por meios diferentes.

Pudemos ainda analisar ao longo do nosso estudo o novo cenário que surge no direito brasileiro com a crescente atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais no Brasil. A decisão judicial não está mais amparada apenas na legislação formal, elaborada pelo parlamento, ou seja, não só da lei o julgador consegue extrair legitimidade para a sentença ou acórdão que resolverá um determinado caso concreto, buscando-se a pacificação social.

Além disso, vimos que as experiências próprias dos países regidos pelo direito predominantemente consuetudinário nos ensinam que os precedentes judiciais são uma excelente forma de garantir a segurança jurídica, tão protegida pela nossa Constituição Federal. Aliás, a proteção à segurança jurídica, erigida à categoria de garantia fundamental, estampada no artigo 5º, XXXVI da Carta Magna, traz a necessidade de constantemente buscarmos evolução do nosso ordenamento jurídico.

Pela leitura do trabalho, facilita-se a compreensão de que as alterações sofridas pelo nosso sistema jurídico em verdade são benéficas à dinâmica do direito no Brasil, mesmo porque, aliadas ao dever de aplicação do precedente obrigatório pelo juiz, foram internalizadas algumas técnicas de superação desses precedentes. Observamos que aos poucos nosso direito passa a tratar uma jurisprudência como verdadeira fonte do direito.

Com isso, assegura-se a todos, além de celeridade processual à solução do caso concreto, previsibilidade das decisões judiciais. Da mesma forma, ao mesmo tempo que nosso

sistema jurídico cria uma defesa às decisões surpresa para o próprio jurisdicionado, elevam-se os mecanismos de controle social.

Assim, ficou claro que, se anteriormente só era possível alegar que determinada decisão judicial era contrária à lei e, portanto, viciada, atualmente o jurisdicionado pode defender-se de abusos no poder jurisdicional por meio de outras decisões judiciais à que sejam reconhecidas o caráter vinculante. Combate-se assim o engessamento do direito por meio da lei, e amplia-se o poder interpretativo do magistrado, liberdade esta que deve ser usada para buscar a melhor solução ao caso concreto, de forma que deve ter sua decisão invalidada caso exceda os limites do poder decisório, à luz da Constituição Federal e dos princípios que orientam a solução pacífica dos conflitos e a busca da justiça.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*– 1765. University of Chicago Press, Vol. I.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10/11/2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 24/11/2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. I Jornada de Direito Processual Civil do CJF/STJ. Disponível em \_\_\_\_\_ em \_\_\_\_\_ <[http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/copy\\_of\\_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf](http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf)> Acesso em 24/11/2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Resp. 1.727.621 - PR (2018/0046911-0). Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 31/10/2018. Disponível em [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1727621\\_86c4e.pdf?Signature=oM5BTns1GwbJm7W%2B4%2Fy9U8lyYNM%3D&Expires=1543779510&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&responsecontenttype=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=f923d05548eff34af1f1000f89a1cea9](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1727621_86c4e.pdf?Signature=oM5BTns1GwbJm7W%2B4%2Fy9U8lyYNM%3D&Expires=1543779510&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&responsecontenttype=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=f923d05548eff34af1f1000f89a1cea9)> Acesso em 14/11/2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. AI 591.373-AgR, Rei. Min. Celso de Mello, julgado em 18.09.2007. Disponível em \_\_\_\_\_ em \_\_\_\_\_ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490674>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** TRT-4 - RO: Diário, Data de Julgamento: 28/02/2018, 9ª Turma). Disponível em <[https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=158462&p\\_grau\\_pje=2&p\\_seq=21351&p\\_vara=251&dt\\_autuacao=24%2F08%2F2017&cid=298812#](https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=158462&p_grau_pje=2&p_seq=21351&p_vara=251&dt_autuacao=24%2F08%2F2017&cid=298812#)> Acesso em 14/11/2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral.** TSE - RESPE: 61849 CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - ES, Relator: Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Data de Julgamento: 19/12/2017, Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE\\_RESPE\\_61849\\_02c4a.pdf?Signature=dFe12ychbKpi7iPdzvRHBDWwIHk%3D&Expires=1543782149&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d72740c6145854d2d10db381257d6c40](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE_RESPE_61849_02c4a.pdf?Signature=dFe12ychbKpi7iPdzvRHBDWwIHk%3D&Expires=1543782149&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d72740c6145854d2d10db381257d6c40)> Acesso em 14/11/2018

CANÁRIO, Pedro. *“Caminhamos a passos largos para o common law”*, afirma Teori Zavascki. Consultor Jurídico, 10 de novembro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em 24/11/2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª Edição. Porto Alegre, Ed. Sergio Fabris, 1999.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª Edição. São Paulo. Ed. Malheiros, 2012.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 2*. 11ª Edição. Ed. Salvador, Juspodvim, 2016.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge. Ed. Cambridge

University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge. Harvard University Press, 1999.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Diário da Justiça, Espírito Santo, 14/10/2011, p. 87. Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJES/IT/AGT\\_24080310311\\_ES\\_1318679508973.pdf?Signature=YZqbsqrzSIJ%2FeJDGKOK0VI%2FQTAY%3D&Expires=1543782345&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d16e85d58368f6ada7f19ed30caf8e5a](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJES/IT/AGT_24080310311_ES_1318679508973.pdf?Signature=YZqbsqrzSIJ%2FeJDGKOK0VI%2FQTAY%3D&Expires=1543782345&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d16e85d58368f6ada7f19ed30caf8e5a)> Acesso em 14/11/2018.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. 1ª Edição, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2006.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 1ª Edição. Ed. Paz e Terra, 1981.

HOGUE, Arthur R. *Origins of the Common Law*. Indianápolis. Ed. Liberty Fund, 1986.

HUISMAN, Denis (dir): *Dicionário dos Filósofos*. Tradução de Cláudia Berliner et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HYAMS, Paul R. *Trial By Ordeal: The Key To Proof In The Early Commonlaw*. Disponível em <[www.law.harvard.edu/faculty/cdonahue/courses/lhsemelh/materials/FSThorne\\_Hyams\\_90\\_126.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/cdonahue/courses/lhsemelh/materials/FSThorne_Hyams_90_126.pdf)>. Acesso em 25/11/2018.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MACKELDEY, Ferdinand. *Elementos de Direito Romano*. Edição única. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1907.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Volume 2*. 3ª Edição. São Paulo.

Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition* — 3ª edição. Stanford, Ed. Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – Da persuasão à vinculação*. 2ª Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. Livro de Martins Fontes, 2ª Ed., São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª Edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2003.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Diário da Justiça, São Paulo, 30/07/2018. Disponível em <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP\\_\\_22437799420178260000\\_1d8ab.pdf?Signature=RD0m9xfsQCTu hvCOJDibhUHTjk8%3D&Expires=1543778918&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZ ACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=da7cd41ba4265dfbeac2fc5d1735e4b0](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP__22437799420178260000_1d8ab.pdf?Signature=RD0m9xfsQCTu hvCOJDibhUHTjk8%3D&Expires=1543778918&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZ ACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=da7cd41ba4265dfbeac2fc5d1735e4b0)>. Acesso em 14/11/2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4ª Edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a Civil Law brasileira*. São Paulo, Ed. RT, 2016.

ROMÃO, Pablo Freire; CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de. *Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil – Tensão entre segurança jurídica e dinâmica do direito*, 1ª Edição. Curitiba, Ed. Juruá, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e Common law*. São Paulo. Ed. RT, 2009.