

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**Caroline Ledesma Al-Alam**

**A TEORIA DE PRECEDENTES NOS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E A SUA  
INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

**Porto Alegre**

**2015**

**Caroline Ledesma Al-Alam**

**A TEORIA DE PRECEDENTES NOS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E A SUA  
INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO PELO NOVO CPC**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para a  
obtenção do título de Especialista em  
Processo Civil, pelo Curso de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

**Porto Alegre**

**2015**

## RESUMO

As sucessivas modificações legislativas operadas no ordenamento jurídico brasileiro para a uniformização da jurisprudência dos tribunais, que culminaram com a publicação do Novo Código de Processo Civil, despertaram à reflexão acerca da aproximação do nosso sistema com uma teoria de precedentes judiciais vinculantes. Foi demonstrado que as origens históricas das famílias de *common law* e de *civil law* justificam suas profundas diferenças, sobretudo no que diz com o respeito e a importância das decisões judiciais para a estabilidade e a previsibilidade do direito. Por outro lado, ficou claro que as tradições tendem a aproximar-se, por meio da flexibilização do *stare decisis* e de outro a decadência do império da lei.

## **ABSTRACT**

Successive legislative changes operated in the Brazilian legal system to standardize the jurisprudence of the courts, which culminated in the publication of the New Code of Civil Action, awakened to reflection on the approach of our system to a theory of binding precedents. It was demonstrated that the historical origins of the common law and civil law traditions justify their deep differences, particularly when it comes to the respect and the importance of judicial decisions for the stability and predictability of law. On the other hand, it became clear that these traditions tend to approach, through the flexibility of stare decisis and the rule of law decay.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2 DAS ORIGENS HISTÓRICAS DAS FAMÍLIAS DE DIREITO</b> .....	<b>8</b>
2.1 FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA .....	8
2.2 FAMÍLIA DE <i>COMMON LAW</i> .....	12
2.3 CENTRAL DIFERENÇA ENTRE AS DUAS TRADIÇÕES .....	14
<b>3 DO DESENVOLVIMENTO DO <i>COMMON LAW</i> ATÉ O <i>STARE DECISIS</i></b> .....	<b>16</b>
3.1 DO SISTEMA DE <i>WRITS</i> À FORMAÇÃO DA <i>EQUITY</i> .....	16
3.2 A SUPREMACIA DO PARLAMENTO E O <i>JUDICIAL REVIEW</i> .....	18
3.3 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL .....	19
3.4 O <i>STARE DECISIS</i> E A ESTABILIDADE DAS DECISÕES .....	20
3.4.1 Técnicas de distinção e superação de precedentes.....	21
3.4.2 Identificação da <i>ratio decidendi</i> .....	22
<b>4 DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL</b> .....	<b>25</b>
4.1 APANHADO HISTÓRICO DAS PREVISÕES LEGAIS CONCERNENTES À UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL .....	26
4.1.1 Do advento da república ao código buzaid.....	28
4.1.2 Reformas durante a vigência do código buzaid.....	29
4.1.3 Previsões introduzidas pelo novo código de processo civil – lei 13.105 de 16 de março de 2015 .....	33
4.2 APROXIMAÇÃO A UM SISTEMA DE PRECEDENTES .....	35
5 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

## 1 INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos ocidentais estão inequivocamente passando por um momento de transformação e aproximação, o que instiga ao estudo de um tema de raiz: as famílias de direito.

A partir de um método histórico-crítico, inicialmente, pretende-se avaliar as origens das grandes tradições de direito e suas conseqüentes diferenças; com uma maior aproximação da *common law*, busca-se analisar de que maneira alcançou tamanha estabilidade e respeito às suas decisões judiciais; por fim, espera-se identificar as sucessivas reformas legislativas no Brasil, a fim de verificar se de fato há uma aproximação com uma teoria de precedentes.

Parte-se das origens sociológico-históricas porque para compreender verdadeiramente o sentido de qualquer conceito ou de qualquer pensamento, é indispensável debruçar-se sobre a sua história, retomando suas origens e suas influências.

No que diz com as grandes famílias de direito, tal necessidade salta aos olhos, mostrando-se até mesmo temerário descrevê-las ou compará-las sem algum destaque às confluências sociais que lhes atribuíram tantas peculiaridades.

É esse, em síntese, o intento do primeiro capítulo do presente trabalho, limitando-se à análise dos contextos históricos em que se formaram as tradições jurídicas de *common law* e de *civil law*.

Como é sabido, o mundo jurídico ocidental costuma ser dividido nessas duas tradições, cada qual com suas origens, suas influências sociológico-históricas e, via de consequência, suas peculiaridades.

No entanto, com o decorrer dos séculos, as famílias de direito foram atenuando suas diferenças, de modo que se percebe nos sistemas jurídicos de *common law* um acentuado aumento em seus *statutes*, suas leis codificadas por assim dizer, e nos países de *civil law* uma intensificação da força dos precedentes judiciais – ou ao menos uma maior preocupação e reflexão em relação ao tema.

O direito brasileiro em específico, que se poderia dizer inserido na tradição de *civil law*, vem demonstrando paulatinamente a necessidade de sistematização relativa a uma teoria de precedentes.

Por isso, o segundo capítulo abordará o caminho percorrido pela tradição de *common law* para alcançar o denominado *stare decisis*, a fim de que se possa compreender de que maneira lograram alcançar à efetiva estabilidade das decisões, bem como para que se possa aproximar dos conceitos e técnicas utilizados para tanto.

Ao fim, por meio do terceiro e último capítulo, pretende-se analisar as sucessivas reformas legislativas operadas no direito brasileiro ao longo dos anos, com aproximação a uma teoria de precedentes, culminando com a publicação do Novo Código de Processo Civil, em 16 de março de 2015.

## 2 DAS ORIGENS HISTÓRICAS DAS FAMÍLIAS DE DIREITO

Foi nos séculos XII e XIII que se percebeu o surgimento das grandes famílias ocidentais de direito, a romano-germânica e a de *common law*, cujas centrais características podem ser identificadas em inúmeros sistemas de direito ao redor do mundo.

Ambas, pode-se dizer, tinham por objetivo eliminar o absolutismo do rei ou ao menos conter seus abusos na administração e na jurisdição, mas tomaram caminhos distintos para tanto<sup>1</sup>.

Cabe esclarecer, conforme Pérez-Perdomo e Merryman<sup>2</sup>, a que exatamente se refere a expressão “tradição” de *common law* ou de *civil law*, a ser empregada no presente estudo:

Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão.

Por tais razões é que se preferirá as expressões “tradição” e “famílias” em vez de “sistemas” de *common law* ou *civil law*.

### 2.1. FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

A tradição mais antiga e mais difundida é a denominada romano-germânica ou de *civil law*, cujo nascimento alguns pesquisadores atribuem ao ano de 450 A.C., pela suposta correlação com a Lei das Doze Tábuas<sup>3</sup>.

Compreende-se a razão da denominação a partir da abordagem histórica apresentada por Pérez-Perdomo e Merryman<sup>4</sup>, a seguir:

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 24/25.

<sup>2</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 22/23.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 23.

Com a queda do império romano do Ocidente, o direito romano perdeu seu dinamismo. Versões mais rudimentares e menos sofisticadas do direito civil romano foram aplicadas pelos invasores aos povos da península italiana. Os invasores também trouxeram consigo seus próprios costumes legais germânicos, os quais, sob a regra de que o direito de um nacional deveria acompanhá-lo onde quer que ele fosse ou estivesse, foram aplicados a eles próprios, mas não aos povos conquistados. Ainda assim, ocorreu a fusão de algumas normas tribais germânicas com as instituições jurídicas romanas autóctones, o que se passou em algumas partes da Itália, no sul da França e na península ibérica. Este movimento produziu através dos séculos o que os europeus ainda definem como direito romano “vulgarizado” ou “barbarizado”, e que hoje interessa principalmente aos historiadores do direito. O projeto de Justiniano era não só o de renascimento do direito romano, mas do renascimento do próprio Império Romano.

O imperador Justiniano determinou que se fizesse uma compilação para que fosse resgatado o direito romano antigo de forma mais pura, dando origem ao *Corpus Juris Civilis*. Para tanto, destruiu as obras de inúmeros juriconsultos e proibiu a elaboração de posteriores comentários ou interpretações por juristas – o que obviamente não foi respeitado, preservando um pouco das raízes romano-germânicas.

De qualquer modo, foi com base no Código de Justiniano que se iniciaram os estudos jurídicos na Universidade de Direito de Bolonha, à época da denominada renascença medieval, ao final do século XI, considerado o marco inicial da solidificação da *civil law*.

Portanto, pode-se dizer que a família romano-germânica fundou-se efetivamente sobre uma “comunidade de cultura<sup>5</sup>”, influenciada pelo direito romano e pelo direito canônico, que formaram o *jus commune*, recepcionado de uma forma ou de outra pela maioria dos países da Europa Ocidental.

Após o estabelecimento do Direito Comum, iniciou-se a codificação, com evidente destaque ao *Code* francês e ao BGB alemão<sup>6</sup>, os quais contam com significativas diferenças também em razão da forma com que foram elaborados.

---

<sup>4</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 30.

<sup>5</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002, p. 41.

<sup>6</sup> WINGERT-ODY, Lisiane Feiten. Aula ministrada no dia 10 de junho de 2014 no curso de Especialização em Direito Processual Civil da UFRGS.

Na Alemanha, tinha-se um contexto de ausência de poder central, o que ensejou à convocação dos professores universitários, os únicos efetivamente habilitados à análise do Código de Justiniano, para a redação do código alemão. Essa circunstância fez com que o Direito ali elaborado fosse destituído de razões políticas e por isso não era um Direito do Estado, mas um Estado de Direito – o *Rechtsstaat* – apoiado na ideia jusnaturalista supralegal de Kant<sup>7</sup>.

Ainda assim, houve resistência dos chamados Germanistas, que exigiram e obtiveram uma reformulação do projeto para que o código contivesse institutos legais originados de normas locais, e não somente de inspiração românica<sup>8</sup>.

Já na França, o momento era pós-revolucionário e priorizava a rígida separação de poderes idealizada por Montesquieu, de modo que a lei, enquanto vontade do povo, foi colocada em primeiro lugar, limitando a atividade dos juízes a uma mera declaração do texto legal.

As palavras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>9</sup> são extremamente elucidativas quanto ao contexto em que se deu a codificação francesa e a supremacia do princípio da legalidade, merecendo o destaque a seguir:

É interessante notar que a ideia de calar o juiz não apenas se funda na necessidade de não permitir qualquer interferência sobre a vontade geral, expressa na lei. Existiam boas razões para não se confiar na magistratura. Os juízes pré-revolucionários exerciam suas funções em nome dos seus interesses pessoais. Mantinham laços espúrios com as classes privilegiadas, especialmente com a classe feudal; os cargos judiciais eram herdados e comprados. Aplicavam ou não aplicavam a lei, elaborando decisões sem qualquer fundamento.

Aliás, no período da monarquia absolutista os juízes enfrentaram o próprio soberano, assumindo funções praticamente legislativas. Na batalha entre os juízes e o monarca a arma dos primeiros foi a manipulação da lei, de modo que também uma história secular demonstrava aos revolucionários a necessidade de preservar e tutelar a autoridade da lei contra os corpos judiciais.

---

<sup>7</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002, pp. 149/152.

<sup>8</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 35.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

Foi esse comportamento questionável por partes dos juízes que ensejou, ainda antes da Revolução, a instituição do *Conseil des parties* como meio de controle pelo monarca da atividade judicial, o qual se mostrou como um embrião do Tribunal de Cassação. Este, por sua vez, foi imposto posteriormente pelos revolucionários como um órgão independente dos três poderes, com a finalidade específica de assegurar que as decisões judiciais se limitassem à aplicação da lei, sem qualquer mínima interpretação por parte dos magistrados – o que hoje se anuncia obviamente como um ideal utópico típico de uma Revolução<sup>10</sup>.

O máximo poder que se outorgava ao juiz pós-revolucionário era o denominado *refere législatif* facultativo, que lhe possibilitava questionar ao Poder Legislativo acerca de determinada interpretação normativa<sup>11</sup> e, mesmo assim, somente quando acolhida a dúvida havia uma resposta oficial à questão.

Assim, limitava-se a atividade da Corte de Cassação à declaração de desrespeito ao texto estrito da lei, não sendo de sua incumbência a resolução posterior do caso. Por isso é que Piero Calamandrei denominou sua função de “nomofilaquia”<sup>12</sup>, ao afirmar que funcionava como uma forma de controle entre os poderes do Estado, já que protegia o Legislativo dos abusos do Judiciário.

Essa forma de supremacia do Direito na França foi cunhada, por todas essas razões, de *État Légal*.

Percebe-se, por conseguinte, que nestes dois exponenciais sistemas de *civil law* preponderou historicamente a legislação codificada sobre a atividade jurisdicional – de forma mais moderada na Alemanha, que futuramente instituiu o Tribunal Constitucional a fim de controlar a idealizada suprallegalidade, e de forma radical na França, onde não havia controle de constitucionalidade até a Constituição de 1958 instituir o *Conseil Constitutionnel*.

---

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 35.

Nos dias atuais, as decisões judiciais são relevadas em muito na prática do direito continental, embora ainda não se assuma de forma expressa nem se lhes atribua com facilidade a condição de fonte do direito<sup>13</sup>.

## 2.2 FAMÍLIA DE *COMMON LAW*

Até o século XII ainda se verificava nas ilhas britânicas a coexistência de normas de origem germânica e de direito romano-canônico<sup>14</sup>, de modo que se podia falar ainda em uma única família de direito.

Originou-se a família de *common law* logo após a invasão normanda à Inglaterra, quando da instalação do feudalismo sobre o território<sup>15</sup> - o que ocorreu por volta do ano de 1066, portanto mais de um milênio depois do início da tradição de *civil law* ou, no mínimo, mais de quinhentos anos depois dos estudos iniciados na universidade de Bolonha acerca do direito romano<sup>16</sup>.

Foi após a conquista normanda que se verificou de fato uma ruptura entre o Direito Inglês e o Direito Continental, na medida em que teve início o feudalismo na Inglaterra e os reis buscaram fortalecer/centralizar o poder por meio da reorganização da administração da justiça.

Portanto, ao contrário do ocorrido na tradição da *civil law*, a origem da *common law* relaciona-se a uma centralização do poder no Rei e à criação por este de tribunais reais que construiriam um direito comum por meio do processo.

Antes disso, os ingleses contavam com as assembleias dos homens livres, as *County Court* ou *Hundred Court*, que aplicavam o direito costumeiro local e que inspiraram as cortes reais a seguirem fazendo-o, mas de maneira mais centralizada<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 18-19.

<sup>14</sup> LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus, tradução Marcela Varejão, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 262.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 328.

<sup>16</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 24.

<sup>17</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 359.

As cortes locais, dos senhores feudais, foram aos poucos substituídas pela imponente corte real, a *Curia Regis*, institucionalizada como centro da vida administrativa e jurídica do reino – juízes itinerantes partiam desta anualmente para avaliar os usos locais, registrá-los e, gradativamente, moldá-los ao direito comum<sup>18</sup>.

Desde sua gênese, já havia na *common law* uma preocupação de que os casos fossem julgados com observância do que fora decidido anteriormente, mesmo não havendo regra expressa de efeito vinculante aos precedentes<sup>19</sup>.

Cabe destacar que em 1688 a Inglaterra também contou com uma revolução, mas esta sem a finalidade de extinguir o Direito que existia até então, como ocorrido na França, senão que de fortalecê-lo a fim de que o rei passasse a respeitá-lo<sup>20</sup>.

A partir desse apanhado, dá-se razão a Van Caenegem, ao afirmar que o caminho histórico natural foi o dos povos britânicos, como se verifica em seu dizer<sup>21</sup>:

É surpreendente e provavelmente único o que ocorreu no mundo medieval continental. Este repentinamente aceitou, como autoridade última, o grande livro jurídico de uma sociedade desaparecida havia séculos, reformulando inteiramente o seu próprio direito através de glosas escolásticas, discussões e comentários sobre essa relíquia venerável de um mundo defunto. Visto sob essa luz, o modo inglês de desenvolver normas existentes, de modernizar os tribunais e seus procedimentos e de gradualmente construir novo direito jurisprudencial, apelando só ocasionalmente ao legislador, deixando todo o resto para profissionais da tarefa diária de litigar e julgar, parece muito mais normal.

Sob esse olhar histórico, percebe-se por que, mesmo atualmente, com acelerada produção de *statutes* pelo parlamento inglês e pelo congresso americano, a soberania absoluta ainda é dos precedentes na *common law*.

---

<sup>18</sup> RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Revista de Processo – REPRO, v. 199, pp. 159-191. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011, p.169.

<sup>19</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte de direito. São Paulo, RT, 2004, pp. 153-154.

<sup>20</sup> Juan Ramón de Páramo Argüelles in MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

<sup>21</sup> CAENEGEM in SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002, p. 100.

Para resumir sua evolução histórica, René David<sup>22</sup> reparte a história do direito inglês em quatro períodos principais: o primeiro, anterior à conquista normanda; o segundo, a partir de 1066, quando se inicia a formação do direito comum ao reino; o terceiro, a partir de 1485, com as regras da *Equity*; e o quarto, de 1832 até os dias atuais, com a necessidade de adaptação à valorização e ao desenvolvimento da lei.

### 2.3 CENTRAL DIFERENÇA ENTRE AS DUAS TRADIÇÕES

A partir dessa abordagem, verifica-se que se destacou no *common law* a soberania jurídica em detrimento da soberania política identificada na *civil law*, o devido processo legal como legitimador do Poder sobre o princípio da legalidade<sup>23</sup>, os precedentes emanados do Poder Judiciário acima do ato formal produzido pelo Poder Legislativo.

Percebe-se a maneira antagônica com que se iniciou e se perpetuou a supremacia do Direito em cada um: enquanto na tradição romano-germânica o pensamento jurídico defluiu, desde sempre, do Estado para a sociedade (da Lei para o caso concreto), na tradição de *common law* ocorreu o inverso, o Direito brotou dos conflitos sociais para então ser remediado pelo Estado.

Tanto é verdade que os *statutes* não tem uma função preventiva, de orientar comportamentos, como se verifica nas legislações dos sistemas de tradição romano-germânica, mas uma função específica de solucionar o conflito já posto em análise.

São “leis-remédio”, em contraposição às “leis-prevenção” da *civil law*<sup>24</sup>.

Francisco Rosito<sup>25</sup> destaca a diferença entre a “lógica judiciária” de uma e outra tradição: na *common law* seria do tipo indutivo, pois é dos casos que se extrai a regra a constituir o direito, ao passo que na *civil law* seria dedutivo, já que da regra se verifica a solução do caso.

---

<sup>22</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 356.

<sup>23</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002, p. 82.

<sup>24</sup> *Idem*, pp. 78/79.

<sup>25</sup> ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 76.

Mesmo no modelo norte-americano de *common law*, onde se instituiu uma constituição escrita e rígida, é o Judiciário que dá a última palavra acerca de questões jurídicas – e muitas vezes até de questões políticas<sup>26</sup>.

Esse, inequivocamente, é o maior antagonismo entre os dois sistemas.

Destaca-se, neste ponto, a análise de Pérez-Perdomo e Merryman<sup>27</sup> quanto à forma de desenvolvimento das famílias de *common law* e de *civil law*:

Mais importante de tudo, a *common law* nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas que caracterizaram a *common law* continental, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação. As implicações desta diferença de atitudes em relação à codificação nos mundos da *civil law* e da *common law* são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição ao *jus commune*, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a *common law*, nenhuma necessidade de codificação foi sentida.

Tal comparação histórica, ainda que infinitamente limitada, parece suficiente a justificar os diferentes rumos tomados pelas maiores tradições de direito do mundo ocidental.

Não se pode, todavia, olvidar da tendência atual de atenuação dessas diferenças, já que se percebe nos países de *common law* um acentuado aumento em seus *statutes*, suas leis codificadas por assim dizer, e nos países de *civil law* uma intensificação da força dos precedentes judiciais – ou ao menos uma maior preocupação e reflexão em relação ao tema.

Justamente em razão dessa circunstância é que Taruffo<sup>28</sup> afirmou estarmos vivenciando um momento de “crise dos modelos tradicionais”.

---

<sup>26</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002, p. 183.

<sup>27</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 47-48.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Revista de Processo – REPRO, v. 110, pp. 141-158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

### 3 DO DESENVOLVIMENTO DO *COMMON LAW* ATÉ O *STARE DECISIS*

Devidamente delimitada no capítulo anterior a origem histórica das famílias de direito, com a indicação das diferentes influências sociológicas e culturais que receberam, cabe que se aprofunde em direção ao caminho percorrido pelo *common law* para a formação de seu valioso sistema de precedentes vinculantes, o *Stare Decisis*.

#### 3.1 DO SISTEMA DE *WRITS* À FORMAÇÃO DA *EQUITY*

Além da centralização da organização da justiça pela *Curia Regis*, outro fator foi decisivo para o fortalecimento do direito inglês: o sistema de *writs* estabelecido pelo monarca.

Consistiam estes em espécies de ações judiciais prescritas por ordens do rei, inicialmente elaboradas caso a caso, para efetivar o direito do cidadão perante algum funcionário local que a partir daí tinha dever de cumprir aquela ordem<sup>29</sup>.

A facilidade e a efetividade empregadas pelo rei a esse sistema fizeram com que diversos litígios anteriormente direcionados às cortes locais passassem a ser interpostos nas cortes reais<sup>30</sup> – o que por óbvio revoltou os senhores feudais, já que a justiça era também uma fonte de recursos.

Para evitar abusos, foi o monarca pressionado a redigir as Provisões de Oxford, as quais restringiam os *writs* àqueles existentes até 1258<sup>31</sup>. Mas, ao mesmo tempo, diante da preocupação de garantir que o sistema continuasse funcionando, naquele mesmo ano o *Statue of Westminster II* determinou que a emissão de novos *writs* até seria possível, desde que fosse anteriormente aprovada pelo rei e pelo *Concilium Magnum*<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Revista de Processo – REPRO, v. 199, pp. 159-191. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011, p. 168.

<sup>30</sup> *Idem*, p.169.

<sup>31</sup> LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus, tradução Marcela Varejão, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 267.

<sup>32</sup> O *Magnum Concilium* foi o órgão que serviu de base à *House of Lords* e que, ao lado da *Curia Regis*, auxiliou o rei a governar desde a invasão normanda, sendo composto por funcionários e assessores oriundos da nobreza e da igreja.

Percebe-se que a limitação aos *writs* foi uma tentativa de retirar a característica dinâmica do *common Law* e de premiar o valor “certeza” em detrimento do valor “flexibilidade” – tal como vinha ocorrendo na França, onde os revolucionários impuseram a rígida codificação e a supremacia absoluta da lei como forma de controle dos abusos do rei e dos juízes.

Não foi exitoso o intento de engessar a criatividade inerente ao sistema de *common law*, na medida em que este tinha por base os costumes, os casos, que logicamente não são limitados a uma lista rígida de *writs*.

O que se fez, então, foi estabelecer técnicas rígidas e específicas para a utilização dos remédios, mas ainda assim com a ressalva de que os cidadãos insatisfeitos poderiam pedir a revisão pelo rei, o que obviamente gerou um volume de pedidos insustentável e ensejou a regulamentação desse procedimento, denominado de *Equity*.

Eis a descrição do fenômeno, por Pérez-Perdomo e Merryman<sup>33</sup>:

Durante tempos o rei deve ter analisado e agido pessoalmente a partir destas petições, mas logo esta tarefa foi delegada a um oficial do regime, denominado chanceler. (...) Mas à medida que o processo de recebimento de petições e apreciação de reclamações se tornou mais institucionalizado e formalizado, e quando o volume de trabalho ficou grande o suficiente ao ponto de exigir diversos assistentes para ajudar o chanceler a decidir, a parcela de discricionariedade envolvida na operação se tornou cada vez mais judicializada. Formalidades, regras de procedimento e de direito material foram desenvolvidas para administrar a submissão de petições ao chanceler e subsidiar o processo de tomada de decisão. Gradualmente, a figura do chanceler se tornou uma corte de chancelaria, e as normas aplicáveis ao processo de ‘chancelamento’ se transformaram num corpo separado de leis, denominado ‘equidade’ em reconhecimento às origens históricas da chancelaria.

A atividade dessas Cortes de Chancelaria, em suma, consistia em analisar os casos cuja solução era considerada inadequada e conceder remédios não previstos. Conforme esclarece René David, “a *equity* – como veio a ser chamada a jurisprudência do Chanceler – não era contrária à *common law*; ela se limitava a fornecer à *common law* um complemento”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 84.

<sup>34</sup> DAVID, René. O direito inglês. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.

Na Inglaterra, portanto, o direito era composto pela *common law* em si, formada pelos entendimentos das Cortes de Westminster, e pela *equity*, formada pelos remédios aplicados pela Corte de Chancelaria.

Daí dizer-se que a *equity* foi o grande marco diferenciador dos sistemas de *common law* e de *civil law*, na medida em que neste jamais se cogitaria, àquele tempo (e hoje ainda com muita ressalva), estabelecer qualquer forma de flexibilização ou discricionariedade judiciais.

Somente no ano de 1875<sup>35</sup> é que foram unificados as cortes de *common law* e de *equity*, com a criação da *Supreme Court of Judicature*, a partir da qual é possível aplicar regras de ambos os procedimentos. Aliás, cabe esclarecer que nos dias atuais, quando se afirma que o direito inglês é formado pela *statute law* e pela *common law*, nesta já está abarcada a *equity*<sup>36</sup>.

### 3.2 A SUPREMACIA DO PARLAMENTO E O *JUDICIAL REVIEW*

Não havia na Inglaterra, como já dito, a ideia de que os juízes eram inimigos e de que somente a estrita separação de poderes, com a absoluta soberania da lei, garantiria segurança e certeza jurídicas.

A partir da Revolução Gloriosa, em 1688, estabeleceu-se sobre o sistema o princípio da *supremacy of the parliament*, mas este não teve a conotação de retirar os poderes dos juízes – os quais inclusive foram aliados do parlamento na luta contra o absolutismo do monarca – senão que de apenas evitar que as colônias aplicassem leis contrastantes com o direito inglês<sup>37</sup>. Ou seja, foi mais uma medida para a reafirmação da unidade jurídica.

Por ironia, justamente a partir dessa imposição deu-se ao judiciário maior poder, pois incumbiu a este fiscalizar se as colônias não estavam desrespeitando o direito inglês – o que seguiram fazendo depois da independência destas, em 1776, e a partir daí avaliando também se as leis não contrariavam as constituições dos estados independentes.

---

<sup>35</sup> DAVID, René. O direito inglês. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

<sup>36</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 129. São Paulo: RT, junho, 2009.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

Iniciava naquele momento histórico o que hoje se conhece por *judicial review*, o famoso controle de constitucionalidade dos Estados Unidos.

Esclarece o Professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>38</sup>:

Ademais, a legislação das colônias não era verdadeiramente submetida à lei inglesa, mas sim vinculada ao direito inglês. O controle de legitimidade das leis coloniais se dava a partir do *common law*, até porque o Parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*), e não simplesmente escrevendo as primeiras linhas de um direito novo, como aconteceu com o poder (legislativo) que se instalou com a Revolução Francesa.

Verifica-se aí a contrastante influência da produção legislativa na Inglaterra e na França<sup>39</sup>: enquanto os franceses impunham o ideal utópico de restrição do esforço judicial à declaração estrita do texto legal (o juiz como *la bouche de la loi*), para contenção da tirania do rei e dos juízes a ele vinculados, os ingleses contavam com a atuação dos juízes em parceria com o parlamento, a fim de que prevalecesse o direito construído ao longo dos tempos (*lawmaking judicial*) sobre quaisquer atos de absolutismo por parte do rei.

Em síntese, não obstante o princípio fizesse menção ao “parlamento” a soberania que sinalizava era a do *common law* em seu todo, pois o próprio parlamento era igualmente submetido a este.

### 3.3 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Diante da relevância dada à função jurisdicional, iniciaram-se discussões profundas acerca da sua natureza jurídica, avaliando se os juízes criariam ou apenas declarariam o direito.

William Blackstone foi quem deu início à polêmica, em 1756, ao afirmar que o *common law* consistiria no direito não escrito, isto é, nos usos e costumes. Para ele, o juiz deveria apenas declarar o direito anteriormente fixado nos precedentes. Em contraposição, Jeremy Bentham e John Austin refutaram-no taxativamente com a irônica afirmação de que se o direito não

---

<sup>38</sup> Idem, p. 45.

<sup>39</sup> A desmitificar, desde já, a falaciosa ideia de que no *common law* não há leis.

fosse produto da vontade dos magistrados teria de ser concebido por “algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade<sup>40</sup>”.

Importa aqui sinalizar a ocorrência de tais debates, tão relevantes ao mundo do *common law*, mas também observar que a despeito de seus argumentos divergentes tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva reconheciam a necessidade de respeito às decisões passadas para o alcance da certeza e da segurança jurídicas, ao contrário do que ocorreu na *civil law*, onde entendeu-se que tal possibilidade geraria insegurança.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>41</sup> indica que a grande diferença, em verdade, residia na autoridade do *common law*, que para a teoria declaratória decorreria do próprio *common law*, enquanto para a teoria constitutiva das decisões produzidas com força de precedentes.

### 3.4 O STARE DECISIS E A ESTABILIDADE DAS DECISÕES

Foi somente ao final do século XIX que se solidificou o *stare decisis* na Inglaterra, mais especificamente no ano de 1898, quando o caso *London Tramways v. London County Council* foi decidido no sentido de vincular a *House of Lords* às suas próprias decisões<sup>42</sup>.

Por um longo período os juízes do *common law* esconderam-se abaixo da teoria declaratória, já que a teoria constitutiva significaria assumir a responsabilidade por criar e revogar precedentes. No entanto, conforme observado por Neil MacCormick<sup>43</sup>, não há correlação entre o respeito aos precedentes e a ideia de criação do direito pelos juízes, já que até nos casos em que há meras interpretações explicativas da lei se faz necessário respeitar o que já foi decidido.

Importa é que os casos iguais sejam tratados de maneira igual (*treat like cases alike*), como se verifica no princípio que inspirou o *stare decisis*, pois

---

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, p. 24.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

<sup>43</sup> MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

somente desta maneira se pode conferir certeza e segurança jurídicas à sociedade.

A partir de 1898, então, a eficácia das decisões judiciais passou a ter força absolutamente vinculante na Inglaterra, sendo instituído um órgão oficial para editar os repertórios das decisões e compila-las nos famosos *law reports*.

### 3.4.1 Técnicas de distinção e superação de precedentes

A rigidez da regra do *stare decisis* acabou por gerar situações inquietantes, porquanto os juízes tinham de aplicar a solução conferida a caso similar, mesmo quando tivessem convicção de estarem cometendo uma injustiça.

Por essa razão, a fim de afastar o pior dos efeitos do *stare decisis*, o *Practice Statement* de 1966 autorizou a *House of Lords*<sup>44</sup> a proferir decisões distintas quando lhe parecesse o correto a fazer, alterando a força vinculante dos precedentes, sob a seguinte justificativa<sup>45</sup>:

Os Law Lords consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os Law Lords, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. A despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da House of Lords, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno.

Estabeleceu-se a técnica do *overruling*, que autoriza as cortes a revogarem os seus próprios precedentes, desde que com justificativa especial – o que, vale destacar, sempre foi realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde não havia tamanha rigidez quanto aos *binding precedents*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar. Revista de Processo – REPRO, v. 192, pp. 99-127. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2011.

<sup>45</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 167.

De qualquer modo, a utilização deste instituto é bastante comedida, ao menos na *common law* inglesa, porque se tem como prioridade manter-se a estabilidade alcançada com o *stare decisis*.

Por isso, muitas vezes, os juízes utilizam das técnicas do *distinguishing*, para aplicar uma decisão adequada ao caso concreto, sem revogar a decisão anterior, ou da *transformation*, que é uma forma de reconstrução do precedente que se tornou equivocado ou ultrapassado. Há, ainda, a *technique of signaling*, quando a corte indica que manterá um precedente somente por medida de justiça, apesar da iminência de sua revogação<sup>47</sup>.

Dessa forma, as situações nas quais é efetivamente realizado o *overruling* são aquelas em que a doutrina e a jurisprudência já apontaram nesse sentido, ou quando o ensejam a evolução da tecnologia ou dos valores sociais, ou, ainda, quando se percebe um “nítido erro” na decisão – sendo esta a hipótese mais controvertida<sup>48</sup>.

Em todas as hipóteses destacadas, outrossim, pode-se dizer que recai sobre o julgador um ônus argumentativo para a superação do precedente, em face dos princípios da inércia e da presunção a favor daquele.

Teresa Wambier menciona que os juízes ingleses respeitam tão rigidamente os precedentes vinculantes que até mesmo proferem decisões com que intimamente discordam e também obedecem a entendimentos de tribunais inferiores, a que não estariam obrigados, tudo para preservar a igualdade do direito<sup>49</sup>.

Percebe-se, portanto, que a tradição da *common law* desenvolveu institutos capazes de sinalizar à comunidade jurídica, de modo gradativo, a necessidade de revogação do precedente, mas com o devido respeito à estabilidade, conservando a característica mais central do *stare decisis*.

### 3.4.2 A essencial identificação da *ratio decidendi*

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, pp. 112-113.

<sup>48</sup> Idem, pp. 114-115.

<sup>49</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 131. São Paulo: RT, junho, 2009.

Não basta, para que uma decisão judicial seja considerada precedente, que haja sido proferida por tribunal superior hierarquicamente ou pelo mesmo tribunal, mas em momento anterior.

É necessário que a vinculação decorra da regra de direito inscrita no julgado, isto é, da *ratio decidendi* (ou *holding*, no direito norte-americano), sendo esta “uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz<sup>50</sup>”.

Ou seja, o que de fato tem efeito vinculante não é meramente o resultado da decisão judicial – o dispositivo, como ocorre na tradição de *civil law* – mas os fundamentos utilizados para alcançar àquele resultado.

Esclarece Marinoni<sup>51</sup> o motivo pelo qual essa é uma afirmativa correta:

Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa ao juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Por isso é que não se confunde qualquer mera decisão judicial com precedente vinculante, já que destes necessariamente resultam “efeitos normativos para os casos futuros<sup>52</sup>”.

Diante dessa relevância futura da *ratio decidendi*, Neil MacCormick desenvolveu uma importante teoria relativa à referida “universalização” das decisões, afirmando que “qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros<sup>53</sup>”.

---

<sup>50</sup> MITIDIÉRO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, nº 206, p. 71. São Paulo: Revista de Processo, abril, 2012.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, p. 219.

<sup>52</sup> ZANETTI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o Novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, nº 235, p. 315. São Paulo: Revista de Processo, setembro, 2014.

<sup>53</sup> MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.

*Obter dictum*, por sua vez, seria toda a gama de argumentos secundários utilizados pelo julgador para justificar seu entendimento, os quais não vinculam, apesar de integrarem a decisão.

Desse modo, o trabalho dos juízes anglo-americanos consiste na averiguação do caso concreto e, após, na identificação de casos catalogados nos *law reports* que eventualmente tenham regra aplicável àquele<sup>54</sup>. E a maior dificuldade consiste justamente em identificar a *ratio decidendi* desses casos, pois esta obviamente não resta destacada do julgado, senão que misturada a todo o raciocínio e a fundamentação deste.

De qualquer modo, por mais penosa que possa ser essa atividade de identificação<sup>55</sup>, não se pode olvidar de uma dádiva na tradição da *common law*: os juízes proferem suas decisões sempre acompanhadas de ampla fundamentação, conforme recomenda a Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>56</sup>.

Portanto, ainda que não seja simples encontrar a *ratio decidendi* dos precedentes, é raro verificar-se decisões desmotivadas ou decisões diferentes para casos iguais, como corriqueiramente ocorre no direito brasileiro.

---

<sup>54</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.181.

<sup>55</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 132. São Paulo: RT, junho, 2009.

<sup>56</sup> ANDREWS, Neil. Decisões Judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. Revista de Processo, nº 192, p.108. São Paulo: RT, fevereiro, 2011.

#### 4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Como é sabido, o sistema jurídico brasileiro se vincula à tradição da *civil law*, em decorrência das influências ibéricas da sua colonização, sendo de fácil compreensão a razão da relutância para a valorização e a implementação séria de um sistema de precedentes no Brasil.

Todavia, assim como se verificou adaptações na família de *common law* no sentido da flexibilização do *stare decisis*, também há uma sensível evolução na família romano-germânica, com flexibilização do império da lei.

Atualmente os estudiosos do direito continental já admitem que não há possibilidade de limitar a atividade judicial à estrita aplicação do texto da lei e os operadores do direito demonstram no seu cotidiano o papel relevante da jurisprudência, mesmo que a esta seja atribuída apenas força persuasiva<sup>57</sup>.

Mitidiero explicita de que maneira a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional influenciou na modificação da concepção de jurisdição e nos ideais por ela perseguidos, *in verbis*<sup>58</sup>:

Houve um tempo em que se imaginou que a igualdade no Estado poderia ser realizada mediante a igualdade perante a lei. Nessa mesma toada, imaginou-se que a proteção da segurança jurídica estava na possibilidade de certeza e estabilidade da legislação e a proteção da confiança na sua não retroatividade. O problema é que esse pensamento pressupunha um modelo de direito que podemos dizer de legislação sem jurisdição – um modelo em que se concebia a função do Poder Judiciário como sendo de simples declaração de uma norma preexistente outorgada pelo Poder Legislativo.

Ocorre que esse modelo, se é que algum dia foi realizável, está muito longe do contexto cultural em que estamos inseridos. A partir da óbvia observação de que texto e norma não se confundem e de que a atividade jurisdicional constitui outorga de sentido a elementos escritos e não escritos do sistema jurídico – e, portanto, não pode ser vista como simples declaração, mas antes como uma reconstrução da ordem jurídica – fica muitíssimo clara a insuficiência de ter a legislação como momento único da juridicidade do Estado Constitucional. E se isso é verdade, então é necessário repensar qual o significado atual das decisões do Poder Judiciário. Vale dizer: é necessário perceber o papel da jurisdição no Estado Constitucional.

---

<sup>57</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. Revista de Processo, nº 199, pp. 87/88. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011.

Por sua vez, ao identificar a revolução silenciosa operada na nossa tradição jurídica, Marinoni<sup>59</sup> é taxativo ao afirmar que o princípio da legalidade foi modificado a partir da imposição de conformação da lei aos direitos fundamentais, o que acabou evidenciando o esforço judicial de interpretação.

Houve inegável aproximação entre o trabalho do juiz na *common law* e na *civil law*, já que este passou a conferir sentido aos textos legais propositadamente elaborados em linguagem de textura aberta. Todavia, não se verifica na nossa tradição ainda um real respeito aos precedentes<sup>60</sup>.

O que se verifica com facilidade, aqui com enfoque no que ocorre no Brasil, é que a rigidez do ideal revolucionário do princípio da legalidade deu lugar à possibilidade de decisão pelos juízes conforme suas convicções<sup>61</sup>, sem a mínima limitação a decisões anteriores ou superiores.

Nesse contexto de absoluto caos, ao menos percebe-se uma evolutiva preocupação do legislador e da doutrina para com a uniformização das decisões judiciais no Brasil, havendo sucessivas reformas legislativas a esse fim dirigidas, a culminar com o Novo Código de Processo Civil.

#### 4.1 APANHADO HISTÓRICO DAS PREVISÕES LEGAIS CONCERNENTES À UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

Nos termos da detalhada obra de Cruz e Tucci<sup>62</sup>, foi ainda no período colonial, no ano de 1875, que o Decreto nº 2.684 conferiu força de lei aos assentos – atos emanados do Poder Judiciário como forma de solucionar divergências pontuais entre entendimentos de julgados, sem análise do caso concreto.

Os assentos já eram utilizados no direito lusitano desde o século XVI, quando D. Manuel outorgou aos tribunais a prerrogativa de realizar a

---

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, pp. 66-67.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>61</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 137. São Paulo: RT, junho, 2009.

<sup>62</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. Revista do Advogado, nº 78, p. 43. São Paulo: Revista do Advogado, setembro, 2004.

denominada interpretação autêntica, que até então cabia tão somente ao monarca, mas a este sobrecarregava<sup>63</sup>.

A partir daí, além de serem implantados no ordenamento brasileiro assentos preexistentes, oriundos tanto de Portugal quanto do Brasil, restou autorizada a Casa de Suplicação do Brasil a editar novos assentos, os quais seriam então incorporados às leis até que fossem derogados pelo Poder Legislativo. Isto é, sem possibilidade de revogação pelo próprio tribunal.

Era uma forma radical, herdada do direito português, de solucionar lacunas da lei ou divergências de interpretação, o que até então inexistia no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, com o advento da República, em 1891, derogou-se a utilização dos assentos e introduziu-se o recurso extraordinário como forma de controle da aplicação da Constituição e da legislação federal<sup>64</sup>, com a conseqüente instalação do Supremo Tribunal Federal.

Foi uma tentativa de instituir no Brasil o *judicial review*, com inspiração no modelo americano, a conferir à jurisdição poderes muito mais amplos do que a maioria dos países de *civil law* costumava aceitar<sup>65</sup>.

Nesse sentido, afirma Hermes Zanetti Júnior<sup>66</sup> que a influência do constitucionalismo norte-americano já demonstrava o distanciamento do sistema jurídico brasileiro da tradição romano-germânica.

E isso ocorria porque já naquele momento era sentida, embora negada, a necessidade de um sistema de precedentes para dissuadir interpretações díspares.

Tanto é verdade que Clóvis Bevilacqua<sup>67</sup>, ao comentar a Lei de Introdução do Código Civil de 1916, afirmou que aos juízes não era dada a

---

<sup>63</sup> \_\_\_\_\_ . Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 127.

<sup>66</sup> ZANETTI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o Novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria dogmática de precedentes no Brasil. Revista de Processo - REPRO, nº 235, p. 302. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2014.

<sup>67</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. Revista do Advogado, nº 78, p. 44-45. São Paulo: Revista do Advogado, setembro, 2004.

função de atribuir sentido às normas, mas, ao mesmo tempo, ao tratar daquilo que pensava serem os “costumes”, demonstrou sua real preocupação com o valor da decisão judicial, como se pode depreender do seguinte trecho:

Para proferir o seu julgamento, o magistrado, diante de uma lei deficiente, ou de um preceito legal, que o desenvolvimento da cultura tornou antiquado, absurdo ou injusto, procurou, no acervo das ideias e sentimentos que a educação e o comércio da vida depositaram no seu espírito, os elementos para formular a regra jurídica exigida pelo caso sujeito à sua apreciação. Umaz vezes ser-lhe-ão auxílio bastante os preceitos da hermenêutica; outras vezes terá de remontar aos princípios gerais do direito, e até ao patrimônio mental e emocional dominante no momento histórico e no grupo social, a que pertence. Proferida a sentença, calou no ânimo dos interessados, provocou aplausos dos contemporâneos, porque correspondia à ideia e ao sentimento de justiça das pessoas esclarecidas ou também do povo, e assim lançou o germe de um direito novo, que se afirmará pela reprodução de outras sentenças, que seguirão a trilha aberta por força da imitação e por preguiça mental, mas, principalmente, porque sentirão os juizes, que as proferirem, ser a decisão, que firmou precedente, a expressão do direito latente, funcionando como órgão legislativo o juiz, que o revelou.

De qualquer modo, oficialmente, os doutrinadores brasileiros da época repudiavam o estabelecimento de um sistema de precedentes, na mesma senda dos seus antecessores da *civil law*, sob o argumento de que seria temerário autorizar a produção de ciência jurídica com base nas convicções religiosas, políticas ou morais advindas dos tribunais.

#### 4.1.1 Do advento da República ao Código Buzaid

Com a derrogada dos assentos, em 1891, passaram-se anos até ser criado o primeiro instituto direcionado a uniformizar a aplicação do direito no Brasil.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci<sup>68</sup>, o prejudgado, que submetia as questões controvertidas em órgãos inferiores à apreciação de tribunal superior, foi previsto no Decreto nº 16.273 de 1923, restrito aos tribunais do Distrito Federal, sendo extinto pela Reforma de 1926 e restabelecido em 1930.

Três anos depois, foi previsto também no Código de Processo Civil de São Paulo.

---

<sup>68</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 238-242.

Apenas em 1936 foi que a Lei 319 adotou o prejudgado para todo o país, com a criação de um Livro de Prejulgados com efeito vinculante horizontal, já que o artigo 1º previa o cabimento de recurso de revista quando contrariada a interpretação uniformizada.

Também continha força vinculante o prejudgado trabalhista, previsto no artigo 902 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que foi por inúmeras vezes apontado como inconstitucional, mas revogado apenas no ano de 1982.

Já o Código de Processo Civil de 1939, apesar de manter o prejudgado, retirou a previsão de recurso de revista quando da sua inobservância, de modo que o instituto a esse tempo perdeu sua força vinculante.

Somente com a Emenda Constitucional de 1963 é que houve nova reforma relevante sob o aspecto da uniformização da jurisprudência. A EC/63 autorizou a instituição de “súmulas da jurisprudência predominante” pelo STF, no entanto atribuiu a estas mera eficácia persuasiva.

Ainda assim, refere Cruz e Tucci que o Ministro Victor Nunes Leal à época elogiou o sistema de súmulas, por serem um necessário intermédio entre o radicalismo dos assentos, que não podiam ser revogados, e a inutilidade prática dos prejudgados sem efeito vinculante<sup>69</sup>.

Por fim, vale mencionar que o Anteprojeto do Código Buzaid previa procedimento de uniformização de jurisprudência, a culminar com a edição de assento com força de lei. O texto aprovado, todavia, previu apenas precedente de uniformização da interpretação e aplicação do direito, sem eficácia vinculante<sup>70</sup>.

#### 4.1.2 Reformas durante a vigência do Código Buzaid

O instituto da uniformização da jurisprudência, introduzido nos artigos 476 a 479 do Código de 1973, foi uma reformulação do prejudgado e também visava a esclarecer temas controvertidos, reduzindo-os a súmulas sem efeito vinculante. A partir dele, estas passaram a adquirir relevância no cenário jurídico nacional, sobretudo com as incontáveis reformas legislativas operadas.

---

<sup>69</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 243.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 245.

Com a Lei 8.038/90, foi conferida competência ao relator dos recursos no STF e no STJ, para negar-lhes seguimento quando o pedido contrariasse “nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal”.

Em 1995, a Lei 9.139 conferiu poderes semelhantes aos relatores dos tribunais inferiores, a fim de que pudessem negar seguimento a recurso “contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior”.

Na mesma senda das anteriores reformas, a Lei 9.756/98 ampliou ainda mais os poderes dos relatores, conferindo a estes a possibilidade de também dar provimento monocrático ao recurso quando a decisão por ele atacada houvesse sido proferida “em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior”.

Tais alterações indicavam o início da preocupação do legislador em positivar a uniformidade das decisões judiciais – foram tantas as mudanças introduzidas ao Código Buzaid que nos últimos anos os processualistas passaram a referir-se à legislação processual vigente como o Código Reformado.

Nessa senda, Teresa Wambier<sup>71</sup> exemplifica algumas dentre as alterações relevantes, destacando os artigos 557, 544, §§ 3º e 4º, 518, § 1º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC.

Por meio destas, o controle da uniformidade do direito foi dado não somente aos relatores dos recursos em tribunais superiores, como já destacado, mas também aos juízes de primeiro grau, a quem foi conferida a incumbência de deixar de receber recursos de apelação “quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Além dessas previsões, não se pode olvidar que durante a vigência do Código Buzaid ainda ocorreram mudanças concernentes ao controle de constitucionalidade que inequivocamente albergaram o valor dos precedentes vinculantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que limitado a temas de relevância nacional e política<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 146. São Paulo: RT, junho, 2009.

<sup>72</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

Por essas razões, a aprovação da EC 45/2004, com a inserção das súmulas vinculantes ao ordenamento jurídico brasileiro, não representou uma revolução efetiva.

É necessário, para edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, que haja decisões reiteradas a respeito de determinado tema constitucional e que este seja apto a gerar número excessivo de ações judiciais, capazes de culminarem com decisões conflitantes acerca daquele mesmo tema<sup>73</sup> – o que claramente se distancia da eficácia dos precedentes na *common law*, onde uma só decisão e a respeito de qualquer tema, mesmo que nunca antes tratado, será dotada de eficácia vinculante se sua *ratio decidendi* for compatível com um posterior caso concreto.

Nesse contexto, a aprovação da súmula vinculante foi ironicamente comentada pelo jurista Calmon de Passos, nas brilhantes palavras a seguir<sup>74</sup>:

O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instancias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam.

(...)

Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do “autonomismo”, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, e um deles jovem, inteligente, vibrante me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?

---

<sup>73</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. Revista dos Tribunais, v. 893, p. 33. São Paulo: Ed. RT, março, 2010.

<sup>74</sup> CALMON DE PASSOS *in* ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 162. São Paulo: RT, junho, 2009.

O pensamento do juiz federal que questionou Calmon de Passos não é isolado. A maioria dos juristas brasileiros ainda resiste à eficácia vinculante dos precedentes judiciais – tal como a grande parte da doutrina de *civil law*.

Conforme a obra de Cruz e Tucci<sup>75</sup>, era exatamente nesse sentido a opinião de pensadores como Miguel Reale, Alfredo Buzaid e Washington de Barros Monteiro, sendo que este chegou a afirmar que o “único compromisso que tem os juízes é com a lei e a própria consciência. Os precedentes(...), apenas constituem fontes de consulta, aliás, preciosas”<sup>76</sup>.

Isso ocorreu, em última análise, porque a súmula sequer teve o intento de garantir segurança jurídica ou igualdade no direito brasileiro, senão que meramente de desafogar o Poder Judiciário. Sua edição jamais se preocupou em servir como efetivo precedente judicial, com referência a casos concretos que houvessem inspirado o entendimento nela exposto.

Marinoni aponta com sua clareza rotineira a função das súmulas no Brasil, *in verbis*<sup>77</sup>:

As súmulas não foram compreendidas como o retrato do direito jurisprudencial de um momento histórico nem como normas suscetíveis de transformação. Diante delas ignoraram-se não só o passado dos tribunais como também a potencialidade da sua aplicação, mediante o emprego do devido raciocínio judicial, aos casos judiciais emergentes. Como consequência, os tribunais quase não lhes deram importância, sendo que muitas súmulas simplesmente se tornaram obsoletas em virtude de seu texto, visto sem qualquer ligação com os casos concretos, ter deixado de corresponder ao que, *em abstrato*, passou-se a entender como “certo”.

Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero “guia de interpretação”, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num “guia de interpretação estático” e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos.

De qualquer modo, é inegável que a partir de todas as reformas operadas no Código Buzaid, ainda que muito distanciadas das ideias de uniformidade e segurança jurídica, verificou-se um avanço ao menos simbólico

<sup>75</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 276-278.

<sup>76</sup> Washington de Barros Monteiro *in* CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 276.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, pp. 482-483.

nesse período: a jurisprudência – em seu conceito amplo – passou a inevitavelmente integrar as fontes do nosso direito<sup>78</sup>, o que até determinado momento seria impensável.

#### 4.1.3 Previsões relativas aos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015

O novo Código de Processo Civil trouxe avanços importantes em direção a uma teoria de precedentes no direito brasileiro, ainda que de maneira tímida.

Em primeiro lugar, relevante foi a previsão trazida pelo artigo 489, que demonstra a preocupação com a qualidade da fundamentação das decisões, a partir da seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ainda que o dever de fundamentar já seja previsto no Código vigente e ainda que haja dispositivo constitucional que o chancele, percebe-se na prática forense atual que os magistrados não se ocupam de demonstrar com a devida clareza os motivos que os levaram a julgar em determinado sentido.

Ignora-se, na atualidade, que “sem motivação a decisão judicial perde, em uma palavra, o seu caráter jurisdicional”<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> ZANETTI JR., Hermes. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252.

<sup>79</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, nº 206, p. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril, 2012.

Por meio desse dispositivo legal do Novo CPC, então, percebe-se uma preocupação necessária para com a *ratio decidendi* das decisões, que aqui passará a ser tratada como “fundamentos determinantes”, cuja ausência – que hoje é infelizmente situação corriqueira nas decisões judiciais no Brasil – ensejará a nulidade da decisão.

Outra modificação de extrema relevância diz com os artigos 926 e 927, que, apesar de não mais estarem reunidos em um capítulo denominado “do precedente judicial”, enfatizaram a necessidade de uniformização da jurisprudência com o fim da estabilidade e da coerência do direito, *in verbis*:

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

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Com esses dois dispositivos, vislumbra-se a atenção do legislador a uma necessária vinculação horizontal e vertical dos tribunais aos precedentes, bem como à possibilidade de *distinguishing* quando necessário<sup>80</sup>.

Por outro lado, vale destacar que a utilização do verbete “jurisprudência” nos dispositivos supramencionados demonstra a hesitação da nossa tradição em incluir previsões efetivamente direcionadas a precedentes judiciais vinculantes.

Isso porque, conforme esclarece Taruffo<sup>81</sup>, há características centrais que distanciam os significados de jurisprudência e precedente, a saber: este tem sua base em uma só decisão, enquanto aquela necessita de reiteradas decisões para que possa ser relevada; este contém uma regra universalizável decorrente de determinados fatos, ao passo que aquela contém uma regra jurídica geral independente dos fatos do caso concreto.

#### 4.2 APROXIMAÇÃO A UM SISTEMA DE PRECEDENTES

Hermes Zanetti Júnior<sup>82</sup> afirma que desde a Constituição de 1891 o sistema jurídico brasileiro convive com uma “matriz judicial do *common law* (*checks and balances, judicial review e remedies precede rights*) e do *civil law* (princípio da legalidade)”.

Nesse sentido, consente Marinoni que o controle de constitucionalidade por parte dos juízes brasileiros os afasta do trabalho desempenhado por seus colegas de outros sistemas da *civil law*<sup>83</sup>. Para ele, “é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*”<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> ZANETTI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o Novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria dogmática de precedentes no Brasil. Revista de Processo, nº 235, pp. 339-340. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2014.

<sup>81</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, nº 199, pp. 142-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 299.

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2013, p. 72.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 70.

Por sua vez, Rosito<sup>85</sup> destaca por que tem sido desenvolvidas, em países da nossa tradição, técnicas destinadas à vinculação por precedentes:

Há um reconhecimento universal, portanto, da necessidade de serem criados mecanismos para a obtenção de certeza, estabilidade e previsibilidade, efeitos que não foram proporcionados pelo império da lei escrita. A práxis revelou que de nada adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis. Por isso, os precedentes surgem como caminho necessário como pautas de conduta, tal como preconizado pela doutrina do *stare decisis*, pois tanto a *common law* como a *civil law*, em última análise, estão informadas pelos mesmos valores constitucionais.

Ainda que haja uma aparente compreensão pelos juízes de que sua atividade transcende a mera declaração da lei, parece faltar a percepção de que o resultado dessa interpretação importará para o Judiciário como um todo<sup>86</sup>. E, nesse contexto, Mitidiero desenvolve sua tese de salutar relevância, conforme trecho a seguir<sup>87</sup>:

Esse duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a prolação de uma decisão justa para as partes no processo e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social.

Não se pode esperar, obviamente, que as alterações legislativas venham a transformar, da noite para o dia, a cultura jurídica brasileira em um sistemático *stare decisis*, já que até mesmo na história inglesa este levou muitos séculos para se afirmar. A modificação deve trazer, isto sim, novas reflexões e novos esforços para o desenvolvimento de institutos inspirados na teoria de precedentes de países da tradição de *common law*, mas adaptados à realidade do nosso sistema jurídico, na medida do possível.

---

<sup>85</sup> ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.191.

<sup>86</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. Revista de Processo, nº 172, p. 145. São Paulo: RT, junho, 2009.

<sup>87</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

## 5 CONCLUSÃO

O intento do presente estudo era compreender o caminho histórico percorrido pela tradição de *common law* para o estabelecimento de uma teoria de precedentes vinculantes – considerando a indiferença da tradição de *civil law* à estabilidade das decisões judiciais – e avaliar a evolução do ordenamento jurídico brasileiro nesse sentido.

Percebe-se que, na Inglaterra, desde as origens do sistema foi dada importância extrema às decisões judiciais, sem a tentativa falaciosa e enganosa de reduzir a atividade jurisdicional a meras declarações do texto da lei, como nos países de *civil law*.

De outro giro, embora seja comum que se faça identificação entre o *common law* e o *stare decisis*, viu-se que na realidade aquele se desenvolveu por muitos anos sem a preocupação de regular o uso dos precedentes.

Neste ponto, talvez resida a brecha de que a nossa tradição necessita para transformar a abertura dada ao direito jurisprudencial em um desenvolvimento de técnicas sistemáticas para vinculação da comunidade jurídica às decisões judiciais.

Isso porque, no que diz com a nossa tradição, compreende-se que não foi à toa que a *civil law* desenvolveu antipatia para com os juízes e a discricionariedade das suas decisões, insistindo em engessá-los ao texto da lei, de modo que, ainda hoje, teima em ignorar a máxima de que proposições textuais invariavelmente estarão sujeitas a atribuição de sentido, a ser realizada por decisões judiciais.

De qualquer modo, restou minimamente demonstrado que há uma preocupação geral entre os países da *civil law* com essa abertura ao direito jurisprudencial.

No Brasil, aliás, vê-se que há muitos anos são introduzidas pequenas reformas na legislação processual, com o objetivo de uniformização da jurisprudência, demonstrando a crescente importância desta enquanto fonte de direito.

Parece já ser inegável que o nosso ordenamento jurídico não é regido mais pelo “império da lei”. Parece já ser evidente que os operadores do direito

e os cidadãos em geral necessitam saber não apenas qual legislação está vigente, mas, sobretudo, qual sentido é atribuído a esta pelos tribunais brasileiros, porque são estes, ao fim das contas, que irão definir o modo como as pessoas devem conduzir suas relações jurídicas diárias.

Aparentemente, até este ponto de percepção já se evoluiu.

No entanto, falta – e muito – evoluir para que os próprios tribunais trabalhem de forma a valorizar a atividade que desempenham não apenas para a solução de casos concretos individualizados, mas para a coordenação da sociedade em geral. Falta que respeitem as decisões proferidas por seus pares em casos similares ou idênticos aos que estão sob sua análise.

De nada adianta uniformizar a jurisprudência, o que as reformas legais buscam efetivar há tanto tempo, se os julgadores persistirem ignorando aquilo que já está uniforme e modificando ao sabor do vento aquilo que não lhes parece mais adequado, por critérios escusos.

Espera-se, portanto, que o destaque conferido pelo Novo Código de Processo Civil ao dever de fundamentar pelos juízes em geral e à observância da jurisprudência pelos próprios tribunais se torne de fato uma realidade.

Se isso ocorrer, talvez exista esperança de que a nossa tradição efetivamente se aproxime de uma real teoria de precedentes vinculantes.

## REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, nº 192, pp. 99-127. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2011.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, p. 33. São Paulo: Ed. RT, março, 2010.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-174. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, junho, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.

\_\_\_\_\_. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, nº 78, pp. 43-48. São Paulo: *Revista do Advogado*, setembro, 2004.

DAVID, René. O direito inglês. Tradução Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

\_\_\_\_\_. Precedentes obrigatórios. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

\_\_\_\_\_. O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

\_\_\_\_\_. Da Corte que declara o “exato sentido da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista de Processo*, nº 950, pp. 165-198. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, dezembro, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, nº 206, pp. 61-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril, 2012.

\_\_\_\_\_. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. Revista de Processo, nº 199, pp. 84-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law. Revista de Processo, nº 199, pp. 159-191. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011.

ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo, nº 199, pp. 139-155. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2011.

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Revista de Processo, nº 110, pp. 141-158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, novembro de 2002.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o Novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. Revista de Processo – REPRO, v. 213, pp. 293-350. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro, 2014.

\_\_\_\_\_. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.