

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
CURSO FÓRUM

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E
SUA INCORPORAÇÃO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de especialista
perante a Universidade Cândido Mendes, em
convênio com Curso Fórum, no Curso de
Pós-Graduação em Direito do Estado

Belo Horizonte

2019

Pedro Henrique Pereira Corrêa

*Dedicatória:
Dedico este trabalho à Ana Paula,
minha maior companheira.*

RESUMO

Palavras-chave: *CIVIL LAW*. *COMMON LAW*. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS. PREVISIBILIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. CPC

A discussão sobre a utilização de precedentes nos países de tradição jurídica de *civil law* é constante desde que o impacto do constitucionalismo, dentre outros fatores, jogaram por terra o pensamento de que os juízes não poderiam interpretar. Com essa transformação, a segurança jurídica teria que ser buscada em outro local.

Nesse novo contexto, pós positivista, houve uma reaproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law* e voltou a existir um intercâmbio jurídico significativo entre as duas culturas e muitos institutos já consolidados em uma delas passaram a ser analisados mais detalhadamente pela outra.

Nesse diapasão, no âmbito do *civil law*, começou-se a pesquisar acerca da força vinculante dos precedentes como uma possibilidade de garantir a previsibilidade das decisões judiciais no contexto do *civil law*.

Grande parte da doutrina clamava por uma regulação da utilização dos precedentes pedindo que a lei exigisse a obrigatoriedade de sua observância para que fosse possível garantir a segurança jurídica, o que foi alcançado com a vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

O presente trabalho busca analisar a evolução das tradições jurídicas e sua reaproximação. A partir daí, analisaremos a utilização, a partir do Novo Código de Processo Civil, dos precedentes no Brasil como meio de se garantir a previsibilidade da prestação jurisdicional e, com isso, auxiliar na busca pela segurança jurídica.

ABSTRACT

Keywords: *CIVIL LAW. COMMON LAW. OBLIGATORY PRECEDENTS. PREVISIBILITY. CERTAINTY OF LAW*

It is common the discussion about the use of precedents in countries of *civil law* tradition, since the impact of the constitutionalism, among others factors, smashed the thought in which judges couldn't interpret. With that transformation, the certainty of law should be aimed somewhere else.

At this new context, the *common law* and the *civil law* were once again very close, a significant exchange of law experience reappear between them and many institutes already consolidated in one of them started to be studied closely by the other.

Following that, in *Civil law*, it was started a research about the binding effect of precedents, that had grown in *Common law* at that time, as a possibility to guarantee previsibility of the judicial decision.

A big part of the doctrine vowed for a regulation in the utilization of precedents asking that the law requires the obligatoriness of following precedents, to be possible the certainty of law.

This work seeks to analyze the evolution of *civil law* and *common law* and their rapprochement. With that, we are going to analyze the utilization, since the new code, of precedents in Brazil as a way to fulfill the previsibility on the judicial decisions and, with that, assist on the search for the certainty of law.

SUMARIO

1 – INTRODUÇÃO	08
2 – SOBRE A AUTONOMIA METODOLÓGICA ENTRE CIVIL LAW E COMMON LAW.....	11
3 – EVOLUÇÃO HISTORICA DO PAPEL DOS JUÍZES NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW.....	14
3.1 – Diferenças na evolução no civil law e no common law.....	14
3.2 – Impacto da Revolução Francesa no Civil Law.....	19
3.3 – Superação do positivismo jurídico e reaproximação entre as tradições.....	23
4 – BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	27
5 – UTILIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES.....	30
6 – PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..	33
7 – CONCLUSÃO	37
8 – BIBLIOGRAFIA	39

1 - INTRODUÇÃO

Muito se discute, atualmente, acerca do respeito aos princípios da legalidade, isonomia e a efetivação da segurança jurídica no contexto das decisões judiciais no Brasil. A presença de princípios em nosso sistema jurídico que preconizam o livre convencimento do magistrado, aliada ao fato de não serem efetivos, até pouco tempo atrás, em nosso sistema, mecanismos que gerem uma padronização nas decisões, acabavam culminando, muitas vezes, em decisões conflitantes entre diferentes órgãos julgadores, em casos semelhantes, e, com isso, criando na comunidade uma descrença no Poder Judiciário.

Como bem assevera Teresa Arruda Alvim:

“(...) o nosso sistema foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança para o jurisdicionado, evitando surpresas e arbitrariedades. O juiz decide, grosso modo, de acordo com a lei (= de acordo com regras conhecidas) e, se a lei comporta infinitas formas de interpretação, consubstanciando-se, cada uma delas, em pautas de conduta diferentes para os indivíduos, o próprio sentido e razão de ser do princípio da legalidade ficam comprometidos. Então, a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão, qual vai ser a aplicada pelo juiz no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpreta-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados. (...)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p. 32)

No contexto pós-revolução francesa, no qual o *civil law* sofria a influência do positivismo jurídico, pregava-se a ideia de um magistrado como ‘*bouche de loi*’, na qual o juiz, por ser visto como um resquício daquele Antigo Regime que acabara de ser derrubado, teve retirada toda a possibilidade de interpretação, transformando-se assim meramente em uma boca pela qual a lei, já positivada pelo Legislativo, seria declarada.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, sobre o judiciário no contexto pós-revolução francesa:

“ Tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos” (...) Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei.’ (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 53)

Entretanto, faz-se mister salientar que a ideia do judiciário como mero declarador da vontade do Legislativo foi superada. A evolução do ‘*civil law*’, aliada à impossibilidade de se afastar a função judiciária de qualquer forma de interpretação e, principalmente, o impacto do constitucionalismo, fizeram com que a visão acerca do papel do magistrado fosse reformulada, entregando aos juízes um papel muito mais criativo e próximo à função do seu equivalente do *common law*:

“Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e da jurisdição. Ora se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (...)”
(...) Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.68-69)

Uma vez que ao judiciário foi garantida a interpretação e, com isso, um papel criativo no ordenamento jurídico e o fato de que nossa Constituição protege princípios como os da segurança jurídica e isonomia, faz-se necessário que tenhamos, dentro do sistema, um mecanismo que, a um só tempo, permita ao judiciário essa função interpretativa e criativa e preserve a segurança jurídica e a isonomia almejadas pela Carta Magna. Esse mecanismo seria o respeito aos precedentes.

A pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de analisar detalhadamente a ideia da obrigatoriedade dos precedentes e tentar concluir de qual maneira a recente positivação desse mecanismo, no âmbito do Novo Código de Processo Civil, se mostra adequada à efetivação de princípios garantidos em nosso ordenamento.

Tendo em vista a impossibilidade de abranger todas as vertentes

relacionadas ao tema, esse breve estudo será desenvolvido sob a perspectiva da necessidade da obrigatoriedade da utilização de precedentes para a efetivação do princípio da isonomia e a segurança jurídica no contexto do *civil law*.

Começaremos analisando como, em certo tempo, se acreditou em uma autonomia metodológica entre *common law* e *civil law* e, em razão disso, não existiu durante certo período um intercâmbio doutrinário entre as duas culturas jurídicas.

Logo em seguida, mostraremos que com a crítica a essa autonomia, o intercâmbio teórico e doutrinário entre os sistemas reapareceu, possibilitando, com isso, que os doutrinadores encontrassem novos instrumentos jurídicos eficazes. É nesse contexto que será inserido o estudo dos precedentes.

Continuando, faremos algumas considerações sobre os precedentes. Sua aplicação no *common law*, seus objetivos e seus mecanismos de superação.

Após, demonstraremos, brevemente, a novel legislação incorporada ao Novo Código de Processo Civil que versa sobre o tema.

Por fim, traremos a conclusão, fazendo uma análise sobre a situação atual sobre o instituto e discutiremos se a utilização dos precedentes, como forma de efetivação da segurança jurídica nas decisões judiciais, vem se mostrando favorável em nosso contexto processual.

2 – SOBRE A AUTONOMIA METODOLÓGICA ENTRE CIVIL LAW E COMMON LAW

A distância entre o '*civil law*' e o '*common law*' vivenciada no contexto jurídico a partir do século XIX nos dá a falsa impressão de que tais sistemas apresentam origens totalmente autônomas entre si. Contudo, antes do século XIX houve um grande período no qual existia uma proximidade bem mais acentuada entre os dois sistemas.

O comparatista italiano Gino Gorla, citado por Thomaz Bustamante, versa que:

“É possível distinguir três grandes fases do “direito comum europeu”: (1) uma primeira fase de ‘começo e evolução’, durante o período que se estende do século XII ao século XVIII, em que se busca construir uma ‘*communis opinio*’; (2) uma fase de declínio ou eclipse desse direito, a partir do século XIX; e (3) uma fase de renascimento sob formas novas, ‘da ideia ou do espírito do *ius commune*, após um eclipse que não foi um desaparecimento.” (BUSTAMANTE, Thomas, 2007, p. 95)

Alguns aspectos históricos explicam os motivos que levaram à eclipse desse direito comum europeu. Foi exatamente no século XIX que ganhou maior visibilidade o positivismo jurídico. Norberto Bobbio, ao analisar as origens dessa corrente, verificou que, durante a formação do Estado Moderno, a lei ocupava posição preponderante com relação às demais fontes de direito. Para que fosse possível a estruturação de um sistema, seria necessária uma norma fundamental como ponto de apoio.

Segundo o filósofo:

“(…) se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistan*, ou seja, o ponto de apoio do sistema.” (BOBBIO, Norberto, 1995, p. 161)

Nesse contexto, a ideia de um “direito comum europeu” perdeu espaço e foi eclipsado pelos direitos dos Estados uma vez que a corrente juspositivista acreditava que o direito derivava de um comando posto pelas autoridades estatais locais.

Segundo Thomaz Bustamante:

“Esse eclipse a que se refere o comparatista italiano coincide perfeitamente com a história do positivismo jurídico. Este último nasce no mesmo momento em que declina a pretensão de um direito cosmopolita e começa a decair quando essa ideia torna a ganhar força. Não há causalidade entre essa coincidência, pois é o positivismo jurídico nacionalista quem reduz o direito ao seu momento de ‘autoridade’, a um comando, norma ou ordem produzido por uma autoridade estatal.” (BUSTAMANTE, Thomas, 2007, p. 95)

Essa separação entre os dois sistemas a partir do século XIX foi resultado exatamente de uma corrente jusfilosófica que entendia o direito apenas como a manifestação do poder do Estado, acreditando que o fenômeno jurídico se limitaria a posituação de uma norma pela autoridade estatal competente para tanto. Assim, o positivismo jurídico, como assevera o comparatista italiano, foi o responsável por um momento de declínio de um ‘direito comum europeu’.

Foi exatamente nesse momento que houve um crescimento das diferenças dos métodos do ‘*civil law*’ e do ‘*common law*’. Em um contexto no qual o positivismo jurídico prosperava e a ideia do direito como algo posto pelo Estado, do qual o jurista devia apenas extrair os comandos já postos pela autoridade estatal, houve um distanciamento jurídico bastante acentuado entre os países que não compartilhavam o mesmo sistema.

Logo, a separação que houve entre os modelos sob a égide do positivismo jurídico não significa que ‘*common law*’ e ‘*civil law*’ sempre foram estranhos um ao outro. Apesar de, em um primeiro momento, nos parecer o contrário, o período de distanciamento entre as duas correntes é pequeno se comparado ao tempo em que as duas tradições tendiam a compartilhar experiências jurídicas e metodológicas, tendência essa que se faz novamente presente nos dias atuais.

Além disso, mesmo sob a égide das correntes positivistas, não se sustentou a ideia de radical separação entre as duas tradições no que tange a formação do direito judicial. Como sustenta Thomaz Bustamante:

“(...) a ideia de uma diferença radical entre as duas tradições no modo de formação do direito judicial – *case law* – não encontra sustentação nem

mesmo à luz das teorias positivistas, quando estas são analisadas com um pouco mais de profundidade, além de partir de premissas jurídico-metodológicas que não se sustentam no pensamento jurídico contemporâneo, tendo em vista o valor assumido pelo princípio da universalidade na dimensão justificatória do direito. Por último, uma análise estrutural do processo de formação e concretização do direito revela que este necessariamente apresenta uma dimensão bipolar que conjuga racionalidade e autoridade.” (BUSTAMANTE, Thomas, 2007, p.95)

Dessa análise, percebemos que o '*civil law*' e o '*common law*' guardam entre si uma proximidade metodológica muito maior do que se pensava sob o enfoque do positivismo jurídico. A noção do direito como mera reprodução de um comando posto pela autoridade estatal fez com que, desde o século XIX, o intercâmbio doutrinário entre as tradições fosse diminuído vertiginosamente. Contudo, com a superação desse conceito e a visualização da necessidade da apresentação do direito em duas dimensões (racionalidade e autoridade), as duas tradições se reaproximaram e, com isso, resta mais fácil o intercâmbio jurídico entre elas.

3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DOS JUÍZES NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW

3.1 – Diferenças na evolução no *civil law* e no *common law*

É interessante observar a evolução da função dos magistrados durante toda a trajetória das tradições jurídicas de '*civil law*' e '*common law*'. Tal observação faz-se mister para que possamos entender como a estrutura judicial se estabeleceu para que pudesse desempenhar os objetivos postos pelo sistema no qual estava inserida.

No '*common law*', segundo Van Caenegem, houve um "continuum histórico", ou seja, durante toda a sua história houve um desenvolvimento sem grandes momentos de ruptura do sistema e, com isso, foi-se acumulando as experiências e o saber adquiridos através dos séculos.

Segundo Teresa Arruda Alvim:

"Evidentemente, o *common law* não é o mesmo desde o início, embora a sua característica principal tenha sempre estado presente: 'casos são tidos como fonte de direito.' Decisões podiam ser proferidas sem explícita fundamentação, sem obedecer ou criar normas vinculantes. Havia uma certa confusão entre as funções judicial, administrativa e judiciária, mas isto não significava que houvesse anarquia, já que 'boas decisões são orientadas por costumes e sábios conselhos quanto ao que seja razoável'." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p. 20)

A história da evolução do *common law*, com isso, foi algo natural e contínuo sem ter havido, neste período, grandes momentos de ruptura que, de alguma forma, poderiam ter modificado o sistema de forma abrupta. Desde seus primórdios, essa tradição privilegiou o '*case law*', dando-lhe grande importância ao colocá-lo como fonte de direito.

Importante salientar que foi no decurso dessa evolução do '*common law*' que se chegou à conclusão da obrigatoriedade de seguir precedentes. Apesar do *common law* sempre ter tratado os casos como fonte de direito, a história do '*stare*

decisis” não se confunde com aquela tradição. Já que os juízes, àquela época, teoricamente, declaravam o direito que existia sob a forma de costume entendeu-se, naquele momento, que os juízes não criavam o direito ao proferir suas decisões. Essa teoria ficou conhecida como teoria declaratória e um de seus principais defensores foi William Blackstone.¹

Contudo, tal teoria foi duramente rebatida por autores positivistas como Jeremy Bentham e John Austin. De maneira bem áspera, os dois autores criticaram a ingenuidade dos juízes que sustentavam esse posicionamento, pois, segundo a corrente positivista, “o *common law* existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado.”²

Para John Austin, o que impediu Blackstone de perceber que o juiz criava direito e não apenas o declarava, “foi a ficção infantil empregada por nossos juízes de que o *judiciary* ou *common law* não é feito por eles, mas é algo milagroso feito por ninguém, existindo, eu imagino, a partir da eternidade, e sendo meramente declarado de tempos em tempos.”³

Faz-se mister ressaltar que, mesmo à época em que a teoria declaratória vigorava soberana na doutrina, o *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes) já se fazia presente. A única diferença era que o precedente, ao invés de constituir um direito, declarava o direito costumeiro. Sobre o tema:

“Contudo, a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é traço peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. Assim, ainda que se admitisse que a função judicial fosse meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado. (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.33)

Conclui-se assim que, ambas as teorias, tanto a que acreditava que o juiz meramente declarava o direito, quanto àquela que acreditava na criação judicial, adaptaram-se e evoluíram para um sistema no qual há a obrigatoriedade de se respeitar os precedentes.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: 2ª edição, RT. 2011.p.24

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: 2ª edição, RT. 2011.p.24

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: 2ª edição, RT. 2011.p.26

Por influência do positivismo jurídico, ao superar a ideia do jusnaturalismo racionalista, acrescentou à ideia de direito a necessidade de uma vontade e, com isso, tendeu totalmente para o pensamento da existência da criação judicial do direito.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

“Sabe-se que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo foi marcada pela ideia e que o direito depende da vontade. Partindo da premissa de que o direito se traduz a partir de uma vontade, os teóricos positivistas do *common law* não tiveram dificuldade para demonstrar que o direito não estava na tradição ou nos costumes do povo – como sustentavam Blackstone e os partidários da teoria declaratória da jurisdição – mas seria constituído ou criado pela decisão judicial.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.33)

Quanto ao *stare decisis*, esse sofreu um enrijecimento depois do surgimento do positivismo jurídico. A influência das ideias de Bentham e Austin, a mudança da estrutura judiciante e um ambiente intelectual propício à busca da certeza do direito e da segurança jurídica, foram alguns dos fatores que fizeram com que houvesse o enrijecimento do *stare decisis* na segunda metade do século XIX na Inglaterra. Foi inclusive nessa época, no célebre caso *Beamish vs Beamish*, que se estabeleceu expressamente a regra de que a *House of Lords* estaria vinculada pelos seus próprios precedentes.

Paralelamente a essa evolução contínua e constante do *common law*, o *civil law* experimentou a influência de momentos que foram significativos para a formação e consolidação dessa tradição jurídica. Apesar dessa diferente trajetória, de algum modo e em algum grau as ideias de certeza e de previsibilidade sempre se fizeram presentes.

Sobre o tema, Teresa Alvim, valendo-se também de passagem de Evelyne Serverin, versa:

“Aos poucos, os costumes, que eram um acordo por meio do qual se manifestava a repetição do passado, porque eram repetidos, passaram a se destacar (*détacher*) da condição de serem costumes, por serem confirmados, ‘para, assim, renascer, num segundo nível, o da autoridade judiciária (...) o costume reconhecido na justiça dirá respeito ‘a todos os homens de um mesmo lugar’, mesmo que eles não tenham sido partes no processo’. Houve quem afirmasse à época - século XIV – ‘que uma sentença poderia criar um costume, que se aplicaria como

um verdadeiro direito a todos os habitantes, mesmo que estes pudessem ser ignorantes quanto à sua existência.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alves, 2012, p.22)

A decisão judicial servia como concretizadora dos costumes, pois estes eram confirmados pela decisão da autoridade judicial. Nessa época, todavia, ainda não existia nenhum poder central que tivesse o poder necessário para editá-la.

Com o surgimento do Estado Moderno, foi instituída a figura do monarca que detinha, absoluto, o poder estatal. Segundo Teresa Alvim, nesse novo contexto:

“ Com o nascimento de um poder central, este fenômeno de evocação se repete, mas não mais em torno da figura do juiz, mas da figura do monarca. Muitas regras aparecem nesta época, já no estilo dos estudiosos que vinham de Bologna, desligadas dos costumes, dos acordos populares, repetindo, ‘renovadas’, algumas regras de direito romano.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alves, 2012, p.24)

Segundo a autora, foi exatamente em Bologna que ocorreu um dos momentos históricos que demonstraram os objetivos do sistema de *civil law*. No século XI, retomou-se um estudo da obra jurídica romana. Como os textos, inicialmente, não eram nem harmônicos, nem coerentes, foi exatamente nesse momento que se começou a desenvolver uma técnica de sistematização para criar uma unidade dentro do material estudado.

Importante salientar também que os romanos tinham um direito ‘jurisprudencial’. É por isso que, segundo Thomas Bustamante, muitos autores afirmam que o direito romano se assemelha muito mais com o *common law* do que o *civil law*, que se desenvolveu sob sua influência direta.

Segundo Thomas Bustamante:

“ Há um senso comum entre os juscomparatistas em que os sistemas jurídicos da Roma antiga e da Inglaterra contemporânea apresentam notáveis semelhanças quanto à estrutura, as quais repercutem, direta ou indiretamente, sobre o método judicial e o estilo da argumentação que os juízes adotam para fundamentar suas decisões. (...)” (BUSTAMANTE, Thomas, 2007, p. 18)

“ Quando se olha para o *common law* da perspectiva de um observador parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambas pode notar não apenas a ausência de um corpus de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do

sistema jurídico a uma casta de 'intérpretes autorizados' – em Roma, os juriconsultos, na Inglaterra, os juízes – que possuem a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica (...)" (BUSTAMANTE, Thomas, 2007, p. 19)

3.2 – Impacto da Revolução Francesa no Civil Law

A perspectiva da figura do monarca como fundamento do direito sucumbiu perante o movimento revolucionário que buscava substituir toda a estrutura social, política e jurídica no final do século XVIII: a Revolução Francesa. Como, sob a égide do Antigo Regime, o judiciário tinha laços muito próximos com o antigo centro de poder (a nobreza), o movimento revolucionário via os juízes com muita desconfiança.

Segundo Teresa Alvim, a revolução francesa:

"Trata-se de um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVIII. O centro de poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento, inspirada nas ideias de Hobbes, Rosseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi neste momento histórico, em que, como numa traição a ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p.25)

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que, antes da Revolução Francesa:

"(...) os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas." (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 52)

Alimentados por essa desconfiança dos órgãos julgadores, e seguindo as ideias de Montesquieu, os líderes da revolução pretendiam criar um novo direito, posto pelo Parlamento e, com isso, representativo dos anseios populares.

Sobre o tema, versa Marinoni:

“De acordo com Montesquieu, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei’. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o ‘poder de julgar’ era, de qualquer modo um poder nulo’.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.54)

É nesse contexto que é cunhada a expressão juiz *bouche de loi* (juiz boca da lei), pois a função da atividade do judiciário seria, simplesmente, reproduzir o direito que já havia sido posto pelo legislativo. Essa restrição era tão forte que, segundo Montesquieu:

“ Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.” (TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del diritto. 1976, p.192)

Tal limitação ao poder judicial advinha, claramente, de um racionalismo exacerbado que se expandia desde o Iluminismo e alimentava todos os espíritos revolucionários. No campo do direito, esse racionalismo fez crer que seria possível, através de codificações, encerrar todo o direito existente e abarcar, nesses códigos, todas as situações fáticas que pudessem vir a acontecer. Nesse contexto é que se considerou razoável a ideia de que o juiz precisaria atuar, apenas, como alguém que reproduzisse um direito que emanava, em sua totalidade, da atuação legislativa.

“Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do Ancien Regime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada. Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.54)

Com isso, o Estado Legislativo Francês, através do Poder Legislativo, procurou criar normas jurídicas dissociadas das manifestações jurídicas mais

antigas e, além disso, que negassem a autoridade existente nessa realidade anterior.

A substituição do *ius commune* pelo direito nacional foi imaginada de uma forma utópica na qual, através das codificações, seriam compilados todos os direitos e, assim, o Poder Judiciário ficaria totalmente subordinado ao Parlamento, órgão que deveria representar a vontade popular.

Em uma breve comparação entre o *civil law* e o *common law*, percebe-se que a evolução histórica, principalmente quanto ao centro de poder, nas duas tradições, realmente, contribuiu para a diferença de papel entre os juízes das duas tradições. Contudo, faz-se mister ressaltar que o intuito revolucionário e o pensamento romântico e utópico dos líderes da Revolução Francesa, segundo Marinoni, foram aquilo que contribuiu de maneira mais impactante nessa diferença.

Ainda no contexto do juiz como *bouche de loi*, é instituída, na França, em 1790, a Corte de Cassação francesa. Essa corte que, apesar do nome não era jurisdicional, foi criada para cassar as decisões do Poder Judiciário que destoassem do direito criado pelo parlamento, para manter a supremacia da lei.

Segundo Marinoni:

“ É possível dizer que a Cassation foi instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo. Porém, talvez já se vislumbrasse a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição de suas dúvidas ao legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 60)

Inicialmente, a Corte apenas atuava na cassação da interpretação incorreta, ou seja, sua decisão não substituíria a decisão prolatada pelo juiz ordinário, apenas vetava a interpretação que este fizera da lei sem que, com isso, apresentasse nova solução ao caso concreto.

Contudo, entendeu-se oportuno abarcar nessa Corte o poder de, além de cassar as interpretações errôneas da lei, afirmar como a lei deveria ser interpretada no caso concreto. Com essa evolução, a Corte sofreu uma mutação e adquiriu natureza jurisdicional já que passou a fazer parte do processo em que se produzem decisões judiciais. Pelo seu poder de interpretação das decisões

emanadas pelos demais órgãos do judiciário, a Corte de Cassação, de órgão que nem fazia parte do poder jurisdicional, passou a ser o órgão de cúpula do sistema, tendo como função assegurar a interpretação correta da lei.

Sobre essa evolução da função da Corte de Cassação, Marinoni versa:

“ Assim, a Corte chega a um estágio em que não há mais controle não jurisdicional das interpretações judiciais. Há, agora, preocupação em fixar, através do próprio Judiciário, a unidade do direito, ou, mais precisamente para aquela época, a uniformidade da interpretação da lei no país e nos vários tribunais inferiores. Basicamente, isto se tornou possível por dois motivos. Primeiramente, adquiriu-se consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre a oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações. Outrossim, tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei era de incumbência do judiciário e não do legislativo. O que passou a importar, em verdade, foi tão somente se seria conveniente admitir que o Judiciário exprimisse, em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 61)

Interessante notar que, apesar do intuito revolucionário pretender retirar dos juízes qualquer forma de interpretação, rapidamente foi criada uma Corte, a princípio não jurisdicional, que seria responsável por cassar interpretações errôneas da lei e, depois de um tempo, também em afirmar a interpretação correta do direito. Uma vez que, para o próprio ato de leitura de um comando legal, faz-se necessário um ato de compreensão, a ideia de um direito não interpretativo não pôde prosperar.

Logo depois, a Corte assumiu papel jurisdicional e começou a atuar na produção de decisões judiciais. O que se percebe, com isso, é uma flexibilização da proibição de interpretação pelo judiciário. Enquanto no apogeu da Revolução Francesa a intenção era retirar, por desconfiança, dos juízes qualquer forma de interpretação, nesse novo contexto o que se pretendia era, apenas, evitar que fossem dadas a mesma questão legal diferentes interpretações. Com isso, a função da corte evoluiu de garantir a supremacia do Parlamento perante o poder Jurisdicional para zelar por uma única interpretação da lei.

Apesar desse avanço, alguns dogmas presentes na Revolução Francesa, como o de que a lei constitui a segurança para a liberdade do cidadão e de que o juiz apenas atua a vontade da lei, continuaram presentes na cultura do *civil law*.

Sobre o tema, Marinoni aduz:

“ Contudo, é surpreendente que a cultura jurídica do *civil law* não tenha se dado conta de que tal mutação não poderia permitir a manutenção dos dogmas – que deitam raízes na Revolução Francesa – de que a lei constitui a segurança de que o cidadão precisa para viver em liberdade e em igualdade e de que o juiz apenas atua a vontade da lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 62)

3.3 – Superação do positivismo jurídico e reaproximação entre as tradições

Interessante notar que, tanto no *civil law* como no *common law*, existia a busca pela certeza jurídica. No *Civil law* imaginava-se que isso seria conquistado através de uma estrita leitura da lei na qual não houvesse a possibilidade de interpretação pelo juiz. Enquanto isso, no *common law*, por não se estar imiscuído nessa ideia do juiz como mero declarador do direito, aceitando que esse tem papel criador no fenômeno jurídico, foi preciso achar de outra maneira essa segurança e certeza de direito. Tal objetivo foi encontrado exatamente na força vinculante dos precedentes.

Nesse diapasão, é preciso demonstrar que o *civil law* esteve enganado ao afirmar que seria possível uma atuação do judiciário desprovida de interpretação da lei. Tal ideia, fruto de uma utopia oriunda de um sonho revolucionário e em uma desconfiança em um segmento daquela sociedade, não pôde prosperar.

Segundo Teresa Arruda Alvim:

“ A situação atual impossibilita integralmente que esta concepção revolucionária gere algum tipo de resultado. A complexidade das sociedades contemporâneas, somada ao acesso à justiça, que se tornou real, já demonstraram com veemência que o direito positivo, puro e simplesmente considerado, não é um instrumento que baste para resolver os problemas que se colocam diante do juiz.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p.26)

Com a aceitação de que a lei é interpretada, no curso da atividade jurisdicional, é que se poderá dar a devida atenção aos institutos capazes de, efetivamente, garantir a segurança jurídica e a certeza do direito almejados por ambas as tradições jurídicas. É exatamente por isso que o *common law*, por não ter passado pelo período conturbado e revolucionário vivenciado pelo países de

tradição do *civil law*, foi mais rápido em encontrar soluções efetivas para garantir esse objetivo através da instituição do *stare decisis*.

Sobre o tema:

“Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece preso à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente vislumbrar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrendo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outro lugar, sente-se atordoado diante da desconfiança da população, além de envolto num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 62)

Como esperado, acontecimentos históricos jogaram por terra a crença da noção de que a norma abstrata seria coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento. Percebeu-se, por exemplo, que muitas vezes, apesar de posta pelo *Parliament*, a lei poderia gerar efeitos contrários aos interesses da sociedade e de seus cidadãos.

Nesse contexto, segundo Marinoni, é que:

“(…) tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir sua conformação aos princípios da justiça. Esta substância e estes princípios foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem rígidas, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar a ela.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 67)

A lei passou a ser limitada pelos princípios constitucionais, tendo que se adequar aos direitos fundamentais emanados da Carta Constitucional. Com isso, a lei deixou de encontrar sua validade em si mesmo e passou a encontrar sua legitimação material na adequação aos princípios constitucionais. Nesse diapasão, o próprio princípio da legalidade passa a ter um novo conteúdo, além do formal, substancial, de conformação da lei à legislação constitucional.

É evidente que tal modificação retumbou fortemente em toda a estrutura

do *civil law*. Apesar de que em um primeiro momento alguns possam acreditar que a Constituição seria apenas uma 'lei maior' à qual as demais leis estariam vinculadas, tal reducionismo não pode ser justificado e a transformação sentida no âmbito dessa tradição jurídica não pode ser negada.

Sobre o assunto:

“Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade de controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.69)

O mais importante é observarmos que, com o impacto do Constitucionalismo, o papel do juiz do *civil law* se aproximou muito mais daquela função desempenhada pelo seu colega do *common law*. Uma vez que as leis deveriam estar em compasso com os princípios constitucionais, fica claro que ao juiz seria designada, necessariamente, uma atividade interpretativa.

Segundo Marinoni:

“ (...) mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo como o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.69)

Apesar dessa clara aproximação, percebe-se que o *civil law* atualmente tem uma preocupação de obscurecer esse novo papel que o neoconstitucionalismo entregou aos juízes. O fato de, nessa nova perspectiva, o juiz ter deixado de ser um mero servo do legislativo não é destacado e, por muitas vezes, sente-se que a única preocupação é ressaltar a separação dos poderes. Com isso, a aproximação entre as duas tradições jurídicas passa despercebida e, em razão disso, muitos doutrinadores não conseguem perceber a importância do desenvolvimento de um sistema de precedentes.

Sobre o tema:

“ A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, 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*.” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.72)

Fica claro que sob essa nova realidade, e da clara aproximação da função do juiz de *civil law* com seu colega de *common law*, se faz necessária a edificação de um sistema de precedentes no *civil law*. A superação da crença na completude das codificações, o impacto do constitucionalismo e dos princípios constitucionais nesse sistema e, principalmente, a constante busca pela certeza jurídica e a segurança do direito, comum a ambas as tradições, nos permite concluir que a utilização de precedentes se faz necessária para atender os anseios derivados da evolução histórica do sistema e, também, os objetivos que sempre nortearam tal sistema.

4 – BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Superado o pensamento de que o juiz não interpreta a lei, aliada à aproximação das duas tradições jurídicas e da necessidade de o *civil law* encontrar um mecanismo que garanta ao sistema a certeza de direito, é necessária a busca por algo que possa lhe garantir essa segurança. Talvez seja exatamente no *common law*, através do *stare decisis*, que o *civil law*, encontre essa resposta.

São os próprios princípios da igualdade e legalidade que servem de base para a utilização dos precedentes no *civil law*, já que uma das características mais importantes de um Estado de Direito seria a previsibilidade.

Nesse diapasão, sendo o sistema instaurado exatamente para garantir segurança, uma vez que sejam possíveis diversas formas de interpretações, consubstanciando em diferentes pautas de condutas para os indivíduos, o próprio princípio da legalidade fica comprometido.

Seguindo esse raciocínio, Teresa Alvim versa que:

“Então, a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão, qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpreta-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p. 32)

Em um Estado de Direito, faz-se mister que os jurisdicionados tenham tranquilidade ao realizar suas condutas de que a interpretação estatal quanto a elas será dotada de uma previsibilidade e, com isso, restará garantida a certeza de direito e a segurança jurídica.

Cabe destacar que vivemos em um país plural, repleto de diversidade, e tal situação faz com que sejam imaginadas, dentro de nossa sociedade, diferentes conclusões do que seria uma decisão justa acerca de uma situação específica. Além disso, existem outros diversos fatores que geram diversidade na interpretação da lei.

Sobre o tema:

“Várias são as causas que geram diversidade na interpretação da lei. Uma delas, sem dúvida, é o fato de a lei hoje conter uma pluralidade impressionante de conceitos vagos e cláusulas gerais. Mas a diversidade de opiniões a respeito do que seja a decisão ‘justa’, num país plural como o Brasil, é o que explica muito das divergências sobre o sentido de normas não tão vagas assim. Talvez estas opiniões diferentes sejam até mesmo responsáveis pelo manejo diferente dos métodos tradicionais de interpretação das leis, que podem, sim, levar a resultados diferentes.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p.35)

No Brasil, além dessas questões, enfrentamos divergência interpretativa em um mesmo momento histórico. Juízes e tribunais, inclusive os tribunais superiores, vinham decidindo de maneira diversa questões absolutamente idênticas, comprometendo assim a previsibilidade.

Deveria haver, entre os magistrados brasileiros, um cuidado para que não enxerguem o princípio do livre convencimento como algo absoluto. Além desse princípio, existem diversos outros que, em muitas situações, podem entrar em conflito. Tal cuidado se deve ao fato de que o magistrado acaba gerando, todas as vezes em que decide de maneira contrária a algum entendimento pacificado pelos tribunais superiores, e também quando muda de opinião sem que apresente uma fundamentação que justifique esse novo posicionamento, imprevisibilidade acerca da prestação judicial.

Partindo da ideia de abuso de direito, considerando este não como ilimitado, para não comprometer o usufruto dos demais, o juiz não poderia abusar do seu direito de mudar de opinião e afastar-se da jurisprudência, pois, se assim agisse, estaria ferindo garantias dos indivíduos, como a tranquilidade e a previsibilidade.

Sobre o tema, Arruda Alvim afirma, citando ainda Frederick Schauer que:

“Interessante (...) haver juízes no Brasil que se sentem diminuídos, pelo fato de terem de curvar-se a jurisprudência dominante de um tribunal superior ou a uma súmula vinculante. Há quem reconheça, felizmente, que a dispersão da jurisprudência e a falta de estabilidade comprometem fundamentalmente a credibilidade do Poder Judiciário como um todo. A uniformização da jurisprudência “é muito provavelmente uma prática que aumenta o poder da instituição cuja função é decidir (...) harmonia ou coerência interna reforça a credibilidade externa.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p.40)

Nesse contexto, em que alguns juízes decidem ao seu bel prazer,

embasados em um ilimitado 'livre convencimento', fica claro que, para se preservar a segurança jurídica e a previsibilidade, tão importantes para a efetivação de um verdadeiro Estado de Direito, faz-se necessário um instrumento capaz de impedir essa liberalidade por parte dos magistrados e, além disso, garantir uma uniformização da interpretação das leis pelos diversos tribunais de nosso país. Tal situação só seria possível através da utilização de precedentes, lhes garantindo caráter vinculante e obrigatório.

5 – UTILIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Quando falamos da utilização de precedentes, estamos dizendo que, para decidir uma situação fática que se apresenta, o juiz deve se valer de uma decisão anterior que versou sobre algo semelhante ao agora discutido e, em razão disso, utilizará dos argumentos apresentados àquele momento para embasar sua fundamentação.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

“A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é algo mais. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados” (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p.)

Além da *ratio decidendi*, existe nas decisões judiciais o que se convencionou chamar de ‘*obiter dicta*’. Segundo Teresa Arruda Alvim:

“Há, na decisão, também os *obiter dicta* ou os *gratis dicta*, termos que significam, literalmente, o que foi dito para morrer (para perder importância). *Obiter dicta* tem função meramente persuasiva.” (WERTIER, Teresa Arruda Alvim, 2012, p.44)

A decisão judicial então é formada pela *ratio decidendi* e pela *obiter dicta*. Enquanto esta parte da decisão tem apenas função persuasiva, aquela representa o cerne do que foi dito e, além disso, é a parte que serve de precedente para futuros casos semelhantes. Contudo, essa separação nunca é muito clara.

Segundo Neil Duxbury:

“A *ratio decidendi* pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. O raciocínio do juiz pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e em muitos casos, pode haver uma parte do raciocínio do juiz que não integra a *ratio*, mas os *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é o que é dito de passagem. Em casos reais, ambos

os conceitos produzem borrões um no outro.” (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*, 2008, p.68)

É de extrema dificuldade, então, sabermos qual parte de uma decisão será posteriormente tratada como precedente. Apesar de se ter a clara ideia de que apenas a *ratio decidendi* será vinculante, o grande cerne da questão é justamente extrair com exatidão qual parte da decisão estudada se enquadraria nesse conceito.

Voltando à discussão sobre a utilização dos precedentes, por muito tempo vigorou na Inglaterra uma ideia de rigidez quanto à utilização de precedentes. Muitas vezes o juiz decidia de acordo com o precedente mesmo acreditando que, aquela regra que ele estava seguindo, devia ser alterada.

Nesse contexto, de rigidez excessiva, em muitas vezes a decisão que privilegiava os precedentes irrestritamente acaba por gerar injustiça, uma vez que o comando emanado daquele caso pretérito não conseguia o objetivo almejado pela justiça, mesmo no caso do próprio juiz entender que essa mudança seria desejada.

Essa rigidez permaneceu no sistema inglês até o final do século XX, em que se começou a experimentar uma flexibilização a partir de 1966, quando o Lord Chancellor declarou que, quando entendesse que era o certo a se fazer, o juiz poderia se afastar dos precedentes.

Segundo Neil MacCormick:

“Inquestionavelmente, essa mudança irá remover os piores efeitos da regra do *stare decisis*, já que as regras inconvenientes ou injustas poderão ser reconsideradas. Mas não se trata, de modo algum, de uma reforma fundamental: é o velho sistema, com o que tinha de pior, retirado.” (MacCormick, Neil. *Can Stare decisis be Abolished?*, 1966, p.11/198)

Entendemos, como MacCormick, que essa possibilidade de *overruling* não alterou fundamentalmente o sistema do *stare decisis*. O que ocorreu foi apenas um aperfeiçoamento para que, através dessa mudança, pudesse ser evitado o maior problema que o *stare decisis* poderia sofrer, que seria a perpetuação de um precedente ruim.

Apesar de não muito comum a utilização do *overruling* na Inglaterra, tal

mecanismo é usado com frequência nos Estados Unidos e, além disso, mostrou que se pode conciliar o respeito aos precedentes a uma possibilidade de superação desses quando o preceito que se extrai do *leading-case* não mais se revela o mais adequado para a efetivação da justiça.

6 - PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É da essência de um Estado Democrático de Direito a harmonização de julgados, de forma que, nos casos em que presentes as mesmas peculiaridades fáticas, para se preservar o princípio da isonomia, deve-se chegar à mesma solução jurídica (NEVES, 2016).

Pensando nisso, o novo Código de Processo Civil previu alguns institutos que, de maneira conjuntam, compõem um microssistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios (DIDIER, 2017).

O objetivo desse microssistema, o qual é composto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, os Recursos Repetitivos e o Incidente de Assunção de Competência é a formação de precedentes obrigatórios, os quais, após elaborados pelos órgãos competentes, devem ser seguidos pelos demais órgãos judiciais quando da prolação de decisões sobre o tema.

Fredie Didier argumenta pela existência desse microssistema, de forma que a presença de alguma norma, mesmo que prevista, exclusivamente, no capítulo específico de algum dos institutos que o compõem, possa ser utilizada quando da solução judicial de questões afetas a um dos outros institutos (DIDIER, 2017).

O núcleo essencial desse microssistema conteria assim, segundo Didier, normas determinando a ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade; bem como normas concernentes à aplicação do precedente (DIDIER, 2017).

Estruturando o mencionado sistema, o art. 926 do Código de Processo Civil dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Em seus parágrafos, o mesmo artigo traz a necessidade dos tribunais, conforme os respectivos regulamentos internos, editarem enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, ressaltando que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Daniel Assunção, citando Rodolfo de Camargo Mancuso, entende que a exigência prevista no art. 926, §2º, do CPC, prevê o respeito à ratio decidendi na edição das súmulas, de forma que o tribunal deverá considerar o fundamento essencial dos precedentes em confronto com os fatos sobre os quais recaírem a aplicação do direito, se valendo apenas dos que contenham essas duas características para editar as mencionadas súmulas (NEVES, 2016).

Por sua vez, o caput do art. 927, do CPC determina que:

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.

Pela leitura do artigo, resta demonstrada a necessidade, imposta pelo Novo Código de Processo Civil, de observância pelos órgãos judiciais de diversas decisões proferidas anteriormente, quando da solução de causas que lhes sejam atribuídas.

O inciso III do art. 927, ao prever a necessidade de observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, demonstra a existência do microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, haja visto a unidade e coerência sistêmica entre tais institutos (DIDIER, 2017).

É exatamente em razão da existência desse microssistema que, conforme Leonardo Carneiro da Cunha, o Código de Processo Civil previu que sejam tomadas as mesmas medidas, quando alguma decisão for proferida desrespeitando o precedente formado sob a égide de um desses institutos

(CUNHA, 2016). Dessa maneira, tanto no Incidente de Assunção de Competência, como no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, podem proferir julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III, do CPC), dispensar a remessa necessária (art. 496, §4º, II e III do CPC), autorizar tutela de evidência (art. 311, II, do CPC), podendo, inclusive, o relator decidir monocraticamente (art. 932, IV e V, do CPC). Registre-se, também, que caberá reclamação no caso de inobservância (art. 988, IV e §5º, II, do CPC) e a decisão que não se manifestar sobre os institutos será considerada omissa, autorizando o cabimento de embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC) (CUNHA, 2016).

O parágrafo segundo, do art. 927, determina que “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

Já os parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 927, do CPC, remetem ao processo de alteração da jurisprudência consolidada, na tentativa de criar um procedimento capaz de, ao mesmo tempo em que não engessa em demasia o judiciário, garanta a segurança jurídica e a informação do jurisdicionado quando da ocorrência de modificações na jurisprudência consolidada dos tribunais.

Nesse diapasão, mesmo em uma análise perfunctória, depreende-se que o Novo Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento jurídico uma sistematização maior e um conjunto de regras mais extensas referentes aos precedentes judiciais.

Se é verdade que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe ao ordenamento pátrio o instituto da súmula vinculante e a institucionalização de um modelo de precedente de eficácia obrigatória, não se pode olvidar que, até a vigência do novo Código de Processo Civil, a utilização dos precedentes obrigatórios em nosso ordenamento jurídico era basicamente limitada a alguns institutos decisórios exclusivos da Corte Constitucional.

Com o advento da novel legislação, depreende-se que o alargamento das situações em que tais precedentes devem ser utilizados, bem como a sistematização quanto à necessidade dos juízes e tribunais seguirem sua jurisprudência consolidada, acarretará uma maior segurança jurídica, garantindo

ao jurisdicionado uma maior previsibilidade, o que se faz mister em um Estado Democrático de Direito.

7 – CONCLUSÃO

Apesar do distanciamento entre o *civil law* e *common law* sob a égide do positivismo jurídico, as duas tradições guardam muitas semelhanças, principalmente quanto ao objetivo de se garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados.

O *common law*, influenciado por uma evolução contínua e gradativa, enxergou, no século XIX, na obrigatoriedade de se seguir os precedentes, o caminho para se efetivar a certeza de direito e dar aos jurisdicionados segurança e previsibilidade.

Enquanto isso, o *civil law*, fortemente influenciado pelo espírito da Revolução Francesa, por muito tempo acreditou na lei como garantidora da segurança jurídica. Desprovido os juízes de poder interpretativo, o *civil law* acreditou que, através da interpretação literal do texto normativo, se chegaria à uniformidade nas decisões judiciais.

O impacto do constitucionalismo, a superação da ideia absurda de que o juiz não interpretaria a lei e as transformações sociais, que cada vez mais mostravam que as codificações não conseguiram abarcar e encerrar todo o direito existente, fizeram com que essa visão fosse reformulada e esse paradigma superado.

Mesma superada essa ideia, em muitos momentos, o *civil law* ainda se escusa de afirmar essa nova realidade e, em razão disso, faz com que os juízes não percebam que seu novo papel se aproxima muito do de seus colegas do *common law*. É exatamente a dificuldade de se enxergar essa aproximação que não lhes fazia perceber a necessidade de se estabelecer um sistema de obrigatoriedade de respeito aos precedentes.

Aceitando a impossibilidade de se imaginar a atuação judiciária desprovida de poder interpretativo e, além disso, aceitando que naturalmente haverá, por diversos fatores, divergências de entendimentos entre julgadores diversos, se fez necessário, no âmbito do nosso *civil law*, que fosse instituído um mecanismo de respeito obrigatório aos precedentes judiciais.

O respeito aos precedentes garante previsibilidade ao jurisdicionado e, com isso, impede que haja decisões conflitantes, preservando, assim, o princípio

da isonomia. Além disso, muito da descrença no Poder Judiciário e no sentimento de injustiça partem de situações em que casos iguais são decididos de maneira diferente pelos magistrados.

Um eventual medo de que o sistema de precedentes poderia culminar em uma perpetuação de uma situação claramente injusta é totalmente descartado com o instituto do *overruling*. Com o poder de superar precedentes em que os comandos emanados encontram-se claramente ultrapassados, os Tribunais poderão garantir, assim também, a segurança jurídica do jurisdicionado.

Por fim, a ideia de utilização de precedentes, mesmo antes do Novo Código de Processo Civil, já se encontrava bastante difundida em nosso país. Institutos como a súmula vinculante, recurso repetitivo, dentre outros, demonstram que o nosso sistema jurídico já percebia na uniformização de decisões em casos semelhantes o caminho correto para garantir ao jurisdicionado a previsibilidade necessária para que a segurança jurídica seja garantida.

Os precedentes já faziam parte do ordenamento jurídico pátrio. O que ainda faltava era garantir a obrigatoriedade de respeito a essa jurisprudência pacificada para, com isso, conseguíssemos alcançar o fim pretendido pelo *civil law*: a segurança jurídica.

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil deve ser enxergado como um avanço, no que tange a utilização de precedentes judiciais e a efetivação da segurança jurídica. A previsão legal de novos mecanismos concretizadores do “*stare decisis*” demonstra que o nosso sistema processual, se afastando de antigos receios, vem concluindo pela necessidade de previsibilidade no âmbito das decisões judiciais.

Desse modo, resta evidente que, mesmo no âmbito do civil law, na busca da concretização da segurança jurídica, faz-se necessária a estruturação e o respeito a um sistema de precedentes.

8– BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Alberto de e SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 175-210, jul-dez 2010

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ed. Ícone, 1995

BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do Precedente Judicial**. Rio de Janeiro: Ed. Noeses, 1ª edição, 2012

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 03**. Salvador: Jus Podivm, 2016

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 35.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Law as interpretation**. Texas Law Review, vol.60.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano**. Revista dos tribunais. Ano 89. V. 782. Dezembro de 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

MACCORMICK, Neil. **Can *stare decisis* be abolished?** Judicial Review, 1966.

_____. **Why cases have rationes and what these are. Precedent in law.** Oxford: Clarendon Press, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Ed. RT, 2011, 2ª edição

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único.** Salvador: Jus Podvium, 2016

SCHAUER, Frederick. **Precedent.** Stanford Law Review, vol. 39, n.3, fev.1987.

_____. **Has precedent ever really mattered in the Supreme Court?** Georgia State University Law Review, vol.24, Winter 2007

SCOFIELD, Robert G. **The distinction between judicial dicta and *obiter dicta*.** Los Angeles Lawyer, Los Angeles, vol.25, out. 2002.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del diritto.** 1976, p.192

TESHEINER, José Maria Rosa. **Contra os precedentes obrigatórios. Páginas de direito.** Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>; Acesso em 11 de Abril de 2018

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica.** In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n.1, abr.2006, p.97

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação**

como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial.** Coordenação de Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Ed. 2ª tiragem, 2012