

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**MARCELA LETICIA PAULETTO**

**PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONVERGÊNCIA COM  
O SISTEMA *COMMON LAW***

**CURITIBA  
2018**

**MARCELA LETICIA PAULETTO**

**PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONVERGÊNCIA COM  
O SISTEMA *COMMON LAW***

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Eros Belin de Moura Cordeiro

**CURITIBA  
2018**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELA LETICIA PAULETTO

PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONVERGÊNCIA COM  
O SISTEMA *COMMON LAW*.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2018

Primeiramente, cabe a mim dedicar este trabalho a Deus,  
pois sem Ele nada faria sentido.  
Também dedico este trabalho ao meu pai, MM. Glodner Luiz Pauletto,  
que com tanto amor me incentiva a seguir com meus objetivos.  
Do mesmo modo, dedico à minha mãe Rosana,  
que sempre acreditou no potencial de sua menina.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 COMMON LAW: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO</b> .....	<b>9</b>
2.1 MECANISMOS E CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA COMMON LAW:.....	10
2.2 PRECEDENTES, <i>RATIO DECIDIENDI</i> E <i>STARE DECISIS</i> .....	11
<b>3. CIVIL LAW</b> .....	<b>17</b>
3.1 <i>CIVIL LAW</i> E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....	21
<b>3.1.1 Poder Judiciário</b> .....	<b>24</b>
<b>3.1.2 Interpretação do Juiz no Ordenamento Jurídico Brasileiro</b> .....	<b>25</b>
<b>3.1.3 Princípios Constitucionais e o neoconstitucionalismo</b> .....	<b>26</b>
<b>4 PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b> .....	<b>31</b>
4.1 DO CONCEITO DE PRECEDENTE.....	31
4.2 PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA .....	32
4.3 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL .....	34
<b>4.3.1 O <i>Distinguishing</i> Aplicado no Direito Brasileiro</b> .....	<b>35</b>
<b>4.3.2 <i>OVERRULING</i></b> .....	<b>37</b>
4.4 OUTRAS MANIFESTAÇÕES DA CULTURA DO RESPEITO AOS PRECEDENTES NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	39
4.5 A DOCTRINA E SEU POSICIONAMENTO SOBRE A CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> .....	42
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>45</b>

## RESUMO

Trata-se de pesquisa acerca dos precedentes como um instrumento que aproxima o Processo Civil brasileiro com o sistema jurídico da Common Law, envolvendo a apresentação de um panorama histórico-cultural deste sistema e do sistema Civil Law, bem como o apontamento de suas principais características. Após, apresenta-se uma análise técnica do uso dos precedentes no cenário do atual processo civil brasileiro como um instrumento de segurança jurídica, abordando as proximidades da nossa cultura jurídica com o sistema de precedentes norte-americano.

**Palavras-chave:** Precedentes. *Common Law*. *Civil Law*. Aproximação. Processo Civil.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando que vivemos em uma sociedade cada dia mais jurisdicionalizada, é evidente o crescimento da demanda de litígios que chegam ao judiciário em busca de uma resposta célere, justa, e sem eventuais surpresas nas deliberações dos julgadores. Ocorre que os mais variados casos nem sempre estão amparados por normas positivadas ou entendimentos pacificados.

A velocidade com que ocorre a evolução dos conceitos sociais e das relações interpessoais muitas vezes não é abrangida pela evolução legislativa. Essas lacunas nas fontes do direito, portanto, acarretam um ambiente de insegurança e incerteza, o que afronta diretamente a Constituição Federal, abalando o princípio da Segurança Jurídica está previsto no art. 5º, XXXVI.

Surge então uma nítida necessidade de uniformização de entendimento e interpretação jurisprudencial, afinal vivemos uma realidade onde mesmos casos, com as mesmas teses jurídicas recebem decisões distintas, causando insegurança jurídica e ferindo a isonomia dos jurisdicionados.

Torna-se, portanto, indispensável a análise da utilização dos precedentes no cenário atual bem como uma breve análise do sistema jurídico da *Common Law*, abordando os aspectos desse modelo jurídico que é parcialmente incorporado ao nosso ordenamento, e que com suas peculiaridades auxilia na dinâmica da subsunção do fato à norma, a fim de dar efetividade ao direito.

Para proceder à análise de como o processo civil brasileiro pode se aproximar do sistema *Common Law* através do uso de precedentes, é imperioso esclarecer o conceito de sistema, bem como a origem e percursos históricos de cada um dos sistemas e suas principais características.

Para Silvio Venosa, sistema jurídico é “um agrupamento de ordenamentos unidos por um conjunto de elementos comuns, tanto pelo regulamento da vida em sociedade, como pela existência de instituições jurídicas e administrativas semelhantes”. (2003. p. 98).

Conforme explica Marinoni (2010, p.23), “o *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas”, o que formou tradições jurídicas diversas, cada uma com suas características próprias.

Marinoni ainda explica que o *civil law*, carregando traços da Revolução Francesa, se forma a partir da doutrina e da “separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei”.

Já o sistema *common law*, sustentado inicialmente na Inglaterra, insiste em costumes gerais aplicados de modo que o juiz poderia criar o direito. Esse sistema cultiva o respeito aos precedentes, ou seja, as demandas devem ser resolvidas tomando-se como base decisões judiciais anteriores.

É através do estudo do direito comparado que podemos absorver o que há de melhor na cultura estrangeira, e assim, com essas “inovações”, focando principalmente no uso dos precedentes, poder garantir uma tutela jurisdicional coesa através do mecanismo de precedentes, que foi inserido no recente Código de Processo Civil e que tende a aproximar os sistemas jurídicos.

## 2 COMMON LAW: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Para entender o berço dessa expressão, imprescindível a observância do panorama histórico-cultural. René David (2014, p.355) já dizia que “o conhecimento histórico é indispensável quando se considera o direito inglês”.

A expressão “*Common Law*” nasceu na Inglaterra no início do século XV. O local onde hoje se situa a Inglaterra era habitado por diversos clãs, cada qual com suas leis e costumes locais. Em 1066 há a unificação da jurisdição, e portanto surge a *Common Law*, que, traduzido do inglês, significa “direito comum”, ou seja, um único direito compartilhado por toda a Inglaterra. A própria nomenclatura dessa sistemática jurídica portanto já remete à ideia de costume, tradição.

Com essa conquista, surge a figura dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente chamados de Tribunal de Westminster. Os particulares que quisessem ter acesso à justiça teriam de passar pela triagem do Chanceler, que era como um oficial auxiliar do rei, requerendo um *writ* (uma espécie de alvará que permitia ao sujeito levar sua causa ao Rei). Depois de concedido o *writ*, o caso era encaminhado ao júri. Os julgados do tribunal de Westminster eram reunidos e compilados no *Year Book*, e que no século XVI, com o avanço da tecnologia tão precária do fim da época medieval, começaram a ser impressos, passando a se chamar *Law Reports*. A demanda de casos particulares cresceu, e o Segundo Estatuto de Westminster de 1285 nas palavras de René David (2014, p.682), “autorizou o Chanceler a outorgar *writs in consimili*, isto é, “espécies que apresentem grande semelhanças com outras que já tenham lugar à outorga dos *writs*”.

Como o acesso à justiça pelos Tribunais Reais era razoavelmente restrito, os inconformados com a não-apreciação do caso ou com uma decisão improcedente poderiam recorrer ao conselho do rei, passando esse recurso pelas mãos do Chanceler, e é aí que surge os primeiros resquícios da *equity*. A *equity* é incorporada ao *Common Law*, gerando um sistema unificado. Verificava-se na época que o sistema baseado na equidade estava se comportando tal qual a *Common Law*. Surge então a importante figura do *Judicature Acts*, que “suprimiram as Cortes do Chanceler e unificaram os dois sistemas de direitos, sob a competência das cortes comuns. Mancuso (1999) salienta que a *equity*, mesmo depois dessa aglutinação ao sistema *Common Law*, deixou sua influência no sentido de atribuir ao direito mais

um instrumento da justiça, se baseando na igualdade e tratamento isonômico dos casos iguais. Influência essa que é mantida até hoje com os *Jurisdiction Acts*.

Os *Judicature Acts* reestruturou o judiciário inglês. Essa reforma judicial é um marco fundamental na história do *Common Law*. Em uma tradução livre, esses “atos de justiça” vieram suprir a “distinção formal dos tribunais da *Common Law* e do Tribunal de *equity* da Chancelaria” (DAVID, 2014, p. 682). A demanda por uma reforma judiciária veio principalmente dos interesses industriais, comerciais e financeiros. Esses campos da sociedade estavam se desenvolvendo e se expandindo de sobremaneira que frequentemente requeriam mais a atenção dos mais diversos ramos do direito.

Essa fase moderna do direito anglo-saxônico cria uma maior organização de competências, dividindo as cortes em assuntos específicos. O acesso à justiça e a segurança jurídica ganham força. Os tribunais Superiores, por exemplo, estavam autorizados a apreciar pedidos de ambas as vertentes (*Common e Equity Law*), criando instâncias superiores da *High Court* e a *Court Appeal* (do inglês, “corte de apelação”), que se encarregava de analisar pedidos de revisão de decisões. Em suma, as cortes de *equity* não poderiam mais se negar a analisar casos que antes eram de natureza do *Common Law*, e vice-versa.

Ainda na modernidade, quando os Ingleses expandiram seu domínio pelo mundo, colonizando outros continentes, levaram consigo o modelo jurídico tradicionalista. Tanto é que os Estados Unidos, Canadá, Austrália, por exemplo, se utilizam até hoje do *Common Law*.

## 2.1 MECANISMOS E CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA COMMON LAW:

Diante da elucidação histórica do sistema do *Common Law*, fica evidente que seu desenvolvimento se deu de forma ininterrupta, sem maiores influências de modelos externos.

O que ocorre é que, como exposto anteriormente, o fato de a Inglaterra não ter passado por fortes revoluções influenciou de sobremaneira na manutenção da tradição jurídica inglesa. Porém não significa dizer que esse modelo jurídico é imutável. Percebe-se que o sistema de fato se consolidou de uma forma tradicional,

todavia sem deixar de acompanhar os costumes sociais que evoluem no decorrer do tempo para que assim haja uma correspondência entre a realidade fática e o direito.

Um dos pilares do *Common Law* que é enaltecido desde os primórdios do direito inglês é a previsibilidade. Também conhecido como a “não-surpresa”, a previsibilidade, conjuntamente à obsessão pela uniformidade e igualdade, são valores fundamentais que servem como fundamento aos precedentes vinculantes. Assim explica Teresa Arruda Alvin Wambier (2009, p. 121):

Estabilidade, uniformidade e solidez são condições para a existência de previsibilidade. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes.

Marinoni (2016, *passim*) vai além, e vincula estritamente a segurança-jurídica à decisão, sendo essa “responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade. Portanto, conclui-se através desses raciocínios que os precedentes vinculantes instrumentalizam a segurança jurídica.

## 2.2 PRECEDENTES, *RATIO DECIDIENDI* E *STARE DECISIS*

Sendo o precedente a fonte primária do direito anglo-saxônico, é imperioso ter uma noção do que é e como se opera essa fonte do direito. Délio Mota de Oliveira Junior (2017, *passim*) ressalta que a “peculiaridade da tradição do *common law* consiste na doutrina dos precedentes vinculantes”. Passamos então à análise desse instituto.

Entende-se por precedente toda decisão judicial relevante e inovadora a ponto de se projetar normativamente para o futuro, servindo de sustentáculo para a resolução de casos similares. Em um linguajar mais simplificado, é um julgado de um caso concreto que serve de modelo para casos semelhantes que venham a surgir. Essas decisões não se limitam à letra de lei pura e simplesmente, mas sim trazem soluções e interpretações ao texto positivado. Marinoni discorre nesse sentido dizendo que “em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira

decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente delinea, deixando-a cristalina” (2010, p. 216).

Ressalta-se que não necessariamente uma única decisão forma um precedente. Esse é um processo que pode abranger um conjunto de casos analisados. Cumpre dizer também que nem toda decisão judicial é considerada um precedente. Marinoni (2010, p. 215) explica ainda que “uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente”. Resumidamente, todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente. Fredie Didier (2010, p. 385) conceitua precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial (*ratio decidendi*) pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Superada a conceituação do precedente, passamos a analisar sua formação. Se pudéssemos reduzir o precedente a uma fórmula matemática, teríamos o seguinte: precedente = *Racio decidiendi* + *obter dictum*.

*Racio decidiendi*, também chamada de *holding*, é a parte vinculante do precedente. É a tese jurídica que fundamenta a decisão e que servirá para interpretação da norma consagrada na decisão (MARINONI, 2010. p. 215). Ou, em outras palavras, a interpretação que o julgador se propõe a aplicar para resolver o caso concreto.

Já o *obter dictum* pode-se dizer que são considerações acessórias que acompanham porém não representam a essência da tese jurídica firmada pelo magistrado. Rodrigo Ramina de Lucca (2017) afirma que “no *common law*, apenas a *ratio decidiendi* possui eficácia vinculante, embora o *obter dictum* possa, em alguns casos, apresentar eficácia persuasiva”. Complementa ainda que *obter dictum* é “tudo aquilo que não é *ratio decidiendi*” dentro do precedente.

Por sua vez, o *Stare Decisis* é definido por Rene David como uma regra que serve para manter a decisão e o sentido aquilo que já foi decidido. Considerada uma limitação à discricionariedade do juiz, essa regra é basicamente o poder vinculante dos precedentes, que obriga o magistrado a julgar conforme já foi julgado anteriormente, dando ao juiz uma margem de liberdade mais rente ao caso concreto. Ressalta-se que no modelo norte-americano, não há uma regra positivada obrigando

os juízes a respeitar a força vinculante dos precedentes. Essa força vinculante vem dos costumes tradicionais que desde o berço do *Common Law*.

Basicamente opera-se da seguinte maneira: o juiz vai analisar o caso concreto (até então sem julgados coincidentes anteriores para se basear), fundamentando sua decisão primeiramente nos costumes. Feito isso, essa decisão agora tem efeito vinculante, ou seja, vira um precedente que deverá ser obedecido (regra do *Stare Decisis*). Délio (2017, *passim*) constata que “a adoção da teoria do *stare decisis* revela a preocupação de garantir maior segurança jurídica e isonomia, estabelecendo um limite para criação jurisprudencial do direito.”

Todavia não se pode confundir o *Common Law* com o *stare decisis* propriamente dito, uma vez que o *Common Law* já existia sem esse instrumento. Como elucida Marinoni, “Assim, o *stare decisis* é apenas um elemento presente dentro do modelo jurídico baseado na *common law*”. Partindo da premissa que hoje no sistema *Common Law* é imprescindível o uso do *Stare Decisis*, temos que o contrário não é verdadeiro, uma vez que, conforme estudaremos mais adiante, outros sistemas jurídicos também fazem uso da regra de precedentes. Claudio Ricardo Silva (2014) reafirma esta distinção, elucidando que “Não somente há uma distinção conceitual entre *common law* e *stare decisis* como houve também um longo período em que o direito jurisprudencial inglês não conviveu com o preceito vinculação formal aos precedentes judiciários”.

Para haver a figura do *Stare Decisis*, é necessário que haja uma corte superior para ditar os precedentes a serem seguidos pelas cortes inferiores. Assim, torna-se inconcebível a ideia de que um magistrado desrespeite o que foi firmado como referência de direito pela Corte Superior.

Cumprido salientar que a eficácia vinculante dos precedentes tem uma importância passada e futura. Passada pois o precedente tem efeito retroativo e vai atingir os casos que já ocorreram. E futuro, no tocante à obrigatoriedade de cumprimento e aplicação que os julgadores terão de respeitar.

Roscoe Pound (2016, *passim*) ilustra o cenário do direito com uma frase: “O direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático”. Quanto à estabilidade, entende-se que ela traz segurança jurídica e automaticamente leva o ser humano a padronizar seu comportamento, sabendo das consequências que incidirão sobre seus atos. No tangente à estaticidade, entende-se que o direito deve acompanhar a evolução e os conceitos sociais, correndo o risco de, não o fazendo, ir na contra-

mão da sua finalidade de alcançar a justiça. Tomando por exemplo a figura da mulher como sujeito de direitos equiparados aos dos homens, se o direito fosse um instrumento inerte, estável e estagnado, até hoje teríamos uma discriminação de gênero acentuada. Teresa Arruda (WAMBIER, 2009, p. 4) salienta com outros exemplos em seu artigo sobre história e formação dos sistemas jurídicos, a importância e necessidade de acompanhar a evolução dos conceitos sociais e conseqüentemente, mudar a jurisprudência, sendo esta uma prática “necessária e saudável para a sociedade”.

E sendo o *Common Law* um sistema tão bem organizado, por óbvio que se fazem presentes nele alguns mecanismos para dar dinamicidade ao direito, não deixando que ele se torne estático, sendo eles chamados de *Overruling* e *distinguishing*.

O *Overruling* é o ato de rever conceitos e precedentes, a fim de rediscutir questões anteriormente pacificadas, tornando assim o *Common Law* um modelo jurídico mais dinâmico e flexível ao se adequar às mudanças sociais. Marinoni (2010, p. 390) explica que “um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais”. Se os valores sociais e outras circunstâncias contidas nos precedentes estiverem ultrapassadas, imperiosa a necessidade de rever a tese jurídica (*ratio decidendi*), propondo assim o *Overruling*.

*Distinguishing* (“distinção”, traduzindo livremente do inglês) é uma técnica usada no *common law* para saber se haverá a possibilidade de aplicar determinado precedente àquele caso concreto que está nas mãos do juiz para ser decidido. Basicamente, o magistrado vai comparar o caso com a *ratio decidendi* de algum precedente específico e, em sendo possível esse cotejo, aplicá-lo. Em não havendo correspondência entre o litígio que se inicia e tal precedente, afasta-se sua aplicabilidade. Marinoni explica que a aplicação da *ratio decidendi* a um caso concreto ocorre mediante análise das circunstâncias fáticas, e que “isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido, fala-se, no *common law*, em *distinguishing*.”

Feitas essas considerações, passo à analisar o papel do juiz no sistema *Common Law*.

O Juiz no *Common Law* tem um papel extremamente central, vez que é ele o instrumento do poder jurisdicional do Estado, criando fundamentos e aplicando os precedentes ao caso concreto. Márcio Carpena (2010, *passim*) entende que o *Stare Decisis*, como anteriormente exposto, vai ser o maior limite à autonomia do magistrado, eis que este “encontra limites diante das decisões anteriormente proferidas pela Corte, em outras oportunidades e demandas, que eventualmente se encaixem na situação jurídica então posta sob sua apreciação e jurisdição”. Finaliza ainda dizendo que “com certeza, esta questão é fundamental e nela se encontra todo o fundamento do *Common Law*, que o distancia da *Civil Law*”.

Carpena ainda discorre que a atuação do juiz, cominada com a força dos precedentes já proferidos, são o fundamento do *Common Law*, tamanha é a importância da sua figura nesse sistema.

Logo, ao se deparar com um caso aparentemente sem solução anterior ou precedente, o juiz tem a obrigação de julgar conforme seu entendimento e esse julgamento vai ser utilizado como base a outros semelhantes e futuros (o chamado *judge make law*), sobrepondo o poder judiciário ao legislativo. Se tratar de um caso semelhante a outro já decidido, deverá respeitar os precedentes já existentes. Na prática, o juiz analisa *Ratio Decidendi* (“razão de decidir”), tentando ao máximo aproximar os fatos do litígio em questão com os precedentes, para que o magistrado possa ter elementos suficientes para decidir. Marinoni (2016, *passim*) assim expõe:

Como se pode perceber nos itens anteriores, a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento. Tanto é assim que, para alguns doutrinadores, a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a solução encontrada.

Consolida-se portanto a ideia de que o *Common Law* é um sistema jurídico tradicionalista que se baseia em costumes e precedentes emitidos pelas cortes, que devem obrigatoriamente ser obedecidos pelos magistrados, com o devido respeito à estabilidade e uniformidade que garantirão a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Entretanto o caráter tradicionalista de conceder ao magistrado tamanha independência e ao mesmo tempo obrigando-o a se utilizar da obediência aos precedentes, não torna o *Common Law* um modelo obsoleto, vez que existem mecanismos (como o *overruling*) para reaver o precedentes postulados, e sendo

assim, assim acompanhar a evolução social sem o risco de gerar um ambiente de instabilidade.

Em contrapartida, um outro sistema jurídico com mecanismos e características bastante distintas do sistema inglês se faz presente na aplicação do direito: o sistema românico-germânico do *Civil Law*.

### 3. CIVIL LAW

O sistema jurídico *Civil Law* tem suas origens no direito romano. A aplicação do Direito romano vai desde a fundação de Roma em 753 a.C. até a morte do imperador do Oriente Justiniano, em 565 dC. As sociedade na Roma antiga era dividida em classes bem distintas. Dentro da organização politico-administrativa da cidade romana, havia a figura do pretor. O pretor era uma espécie de magistrado que tinha encargo de administrar a justiça, interpretar e aplicar a legislação vigente.

Já no período que os bárbaros invadiram a Itália, houve a divisão do império romano em oriente e ocidente. Grande parte dos romanos migraram em peso para Constantinopla, levando consigo pergaminhos e documentos de cunho jurídico.

E foi o imperador Justiniano do império romano do ocidente, que deu origem à obra mais famosa do *Civil Law*: o *Corpus Iuris Civile*. René David (2014, p. 37) comenta que “existem, na verdade, certos documentos, aos quais podemos reportar-nos para conhecer quer o estado do direito romano, quer o dos direitos bárbaros: As compilações de Justiniano”.

O imperador Justiniano tinha planos de expandir seu império em Constantinopla, sentindo a necessidade de organizar as normas da totalidade do direito romano. Para isso, reuniu estudiosos para compilar leis criadas pelos imperadores e doutrinas, chamando essa compilação de *Corpus Iuris Civile*, constituindo a primeira sistematização do direito romano.

A compilação de Justiniano era subdividida em duas importantes partes: Digesto e Institutas. Essa subdivisão em muito se assemelha com a estrutura de códigos usada até hoje no ordenamento jurídico do sistema *Civil Law*. Essa compilação tinha a mesma distribuição interna que os códigos utilizados atualmente. Sobre as subdivisões do *Corpus Iuris Civile*, José Eduardo Martins (2016) explica que no digesto, (do latim *digere*, “pôr em ordem”), haviam normas de organização e regulamentação de princípios gerais e específicos, que iam desde as ações de direitos reais (posse, propriedade de bens) até a apelação às autoridades municipais.

O *Corpus Iuris Civile* foi portanto, um marco na história do *Civil Law*. Consolidando em códigos as leis do império romano, há uma maior organização jurídica e, conforme será estudado adiante, a criação e utilização do *Codex* compõe

a essência e principal característica desse sistema jurídico. Nas palavras da Teresa Wambier (2009, p. 3), “o fato de a lei ser escrita tornava tudo mais fácil”.

Durante o início da Idade média, o direito foi deixado de lado, perdendo espaço para as imposições da Igreja. Ela ditava as regras de conduta sociais, dispensando assim regras de jurisdição. Paralelamente a isso, as universidades passavam a ter um papel fundamental na formação do pensamento crítico e desenvolvimento da ciência. Vários eram os assuntos estudados nessas escolas, inclusive os textos jurídicos anteriormente dispensados na sociedade. Assim, o direito passou a ser inteiramente absorvido pelas universidades, onde estudiosos se ocupavam de analisar técnicas jurídicas que acabavam também por servir a propósitos políticos.

Dentre as universidades que começaram a estudar o direito de uma forma autônoma, se destaca entre elas a de Bolonha (WAMBIER, 2009, p. 2) com expressivo papel na história da formação do sistema *Civil Law*. Fundada na Itália no ano de 1.158, essa universidade era tão bem conceituada que seus alunos eram um público seleto.

Surge então a figura dos glosadores. Esses estudiosos se debruçavam sobre os textos jurídicos romanos, através do método das glosas, que nada mais é que anotações às margens do documento, a fim de interpretar as elucidações. Lacerda Neto (2013, *passim*) afirma que os glosadores “analisavam literalmente, mercê da inteligência do sentido das palavras, uma após a outra, feito o que, introduziam os seus comentários entre as linhas do texto”. O trabalho de um glosador era tão minucioso, que suas anotações eram extremamente fiéis aos textos objeto de estudo. Cada palavra do *Corpus Iuris Civile* era cuidadosamente estudada, sublinhada e anotada.

Saltando da era medieval para o início da era contemporânea, a Revolução Francesa também teve seu papel no direito do *Civil Law*.

A sociedade Francesa daquela época tinha um sistema político absolutista e monárquico, ou seja, todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) estavam reunidos nas mãos do Rei Luis XVI. Em resumo, o Estado se materializava nas mãos do monarca.

Dividida em clero, nobreza e pessoas comuns (trabalhadores, camponeses e burgueses), essa sociedade passava por intensa crise econômica, com crescente desemprego e situação de miséria para essa terceira classe. O fato da nobreza

ostentar cada dia mais com o dinheiro dos árduos impostos cobrados dos súditos, e a falta de interesse dos nobres para com a sociedade num geral, gerou uma população insatisfeita.

Essas pessoas foram às ruas reivindicar seus direitos até então esquecidos pelos governantes, hasteando a bandeira da “igualdade, liberdade e fraternidade”. Há então a queda da Bastilha, principal monumento que representava a prisão política.

Após a captura dos membros da família real em 1793, foi promulgada nova constituição, onde os direitos fundamentais até então ignorados foram enaltecidos. Chegava ao ápice o movimento do Liberalismo, agora limitando a intervenção estatal. Cláudio Fernandes (2016, *passim*) ainda complementa que A partir deste momento, a França revolucionária esboçou o seu primeiro tipo de novo governo, a Monarquia Constitucional, que durou de 1791 a 1792.

Teresa afirma que (WAMBIER, 2009, p. 3), “Num certo momento histórico, posterior, todavia, o centro do poder transferiu-se do monarca para a Nação.” E finaliza ainda dizendo que “esta passagem do poder do monarca para a Nação foi simbolizada pela Revolução Francesa, ambiente no qual nasceu a base do estilo de raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law*”.

Ficou evidente após esses fatos, que uma sociedade onde todo o poder era condensado em uma só pessoa, sendo esta usurpadora, é carente de um julgador que pudesse aplicar a lei sem discricionariedade, sendo esta uma figura distinta do governante. Não só na esfera do judiciário, mas legislativo e executivo também. Tanto é que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o modelo tripartido foi incorporado a fim de garantir um mecanismo para a averiguação dos ideais revolucionários. Nas palavras de Julio Cesar Couceiro (2016, *passim*) “O modelo tripartite atual consiste em atribuir a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções Legislativa, Executiva e Judiciária”.

Essa teoria de repartição de poderes, no sentido de repudiar a condensação de funções nas mãos de uma só pessoa fez nascer uma nova modelagem do que se entendia por Direito. Nas palavras de Miguel Reale (1998. p. 74) “daí poder-se dizer que é com a Revolução Francesa que nasce o Direito Moderno.”

Mas somente na fase napoleônica é que foi criado um código propriamente dito. Teresa Wambier (2009. p. 3) explica que “Durante o período revolucionário, muitos governos poderiam ter tido a iniciativa de criar códigos. Só sob Napoleão I,

entretanto, foi editado, em 1804, o Código Civil”. A lei escrita agora transmitia e materializava os ideais embrionários da Revolução, além de obrigar os poderes a aplicá-los na prática. Isso, de certa forma, restringia por absoluto a função interpretativa do Magistrado, vez que, compreensível o trauma da sociedade com as imparcialidades existentes na França anterior à Revolução. O Juiz tinha a obrigação de aplicar tão somente o que estava no código, sem maiores interpretações. Sobre o fenômeno da codificação, René David (2014. p. 66) explica que esta é a “técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos da compilação de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais.”

A lei, pura e simplesmente, não se mostrava mais suficiente para as resoluções de conflitos. Teresa (WAMBIER, 2009, p. 4), mais uma vez, levanta questionamentos sobre esse ambiente de insuficiência legislativa:

Percebem-se, neste ambiente, dois problemas sérios a resolver, que em nosso entender, devem ser solucionados sem que sejam comprometidos os objetivos estabilidade e previsibilidade, que consideramos ser o núcleo da função do direito. Esses dois problemas são: **(a) de que parâmetros pode valer-se o juiz, além da lei escrita para resolver os conflitos?** (b) Como evitar que se comprometa indesejavelmente o princípio da isonomia, como decorrência da possível diversidade de decisões, que podem ser geradas pelo uso de parâmetros menos *seguros* do que a lei escrita? (grifo nosso)

Diante da codificação napoleônica, entre estes e outros questionamentos, uma grande polêmica se estendeu pela Europa do século XIX. Como o Código Napoleônico teve uma abrangência continental, os alemães, revoltados com essa imposição, além de discordar de algumas ideias contidas na codificação, resolveram criar seu próprio código.

Diferentemente dos franceses, os alemães entendiam que o direito deveria ser estruturado e desenvolvido por juristas que, conjuntamente ao direito romano e os costumes sociais, criariam as legislações codificadas. Foi então que surge o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900. Dividido em vários assuntos do ramo do direito civil, o BGB foi um código neoliberal, que foi amplamente utilizado por Portugal e Brasil na constituição de seus respectivos códigos.

Fica nítida, portanto, a evolução histórica do sistema *Civil Law*, que atualmente é chamado de sistema germânico-romano, caminhando sempre no sentido de positivar e codificar a legislação. Mesmo com algumas divergências

filosóficas, a cultura de ter alguém especializado para criar a legislação, e uma figura distinta para aplicar as normas ficou arraigada nesse sistema jurídico. Todavia destaca-se que não é o fato de ter códigos ou não que define o modelo jurídico adotado, a distinção é feita a partir da concepção de código que cada um possui (MARINONI. 2010, p. 56)

Finalizando com as palavras de René David (2014. p. 142), “Os diversos países da família romano-germânica estão hoje unidos pela mesma concepção da função primordial que se deve reconhecer à lei”. Assim, a característica escrita do direito no sistema *Civil Law*, bem como a divisão de funções entre os entes estatais, em especial os representantes do poder judiciário, são o ponto central de toda sua estruturação

### 3.1 CIVIL LAW E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Para a inteira compreensão de como o sistema *Civil Law* se expressa em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no âmbito do Processo Civil, é necessário mostrar um parâmetro de princípios gerais, bem como a organização político-jurídica que compõe o cenário brasileiro atual.

O sistema jurídico adotado no Brasil, como dito de antemão, é o da *Civil Law*. A lei positivada é o principal elemento desse sistema jurídico, fato que se consolida na legislação brasileira, conforme explícito no artigo 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Este artigo exprime um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento jurídico: o Princípio da Legalidade.

O princípio da Legalidade é uma garantia constitucional, e determina que a a lei, como principal fonte do direito no sistema *Civil Law* usado em nosso país, vai ser imperiosa sobre todas as outras fontes, além de vincular o comportamento dos indivíduos a ela.

Podemos dizer que os traços desse princípio advém de uma conquista histórica da Revolução Francesa já abordada anteriormente, conforme Marinoni (2015 p.1) explica, o Estado Liberal de Direito, tendo em vista os traumas do regime

anterior, “erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*.” Assim, conclui o autor, os juizes ficaram impedidos de evocar direitos que se chocassem com a lei.

Marinoni (2010, p. 59) ainda complementa essa falta de autonomia do juiz no período pós-revolucionário:

Afirmou-se que o juiz, ao não poder identificar a norma aplicável à solução do caso, deveria recorrer ao legislativo. Supunha-se, é claro, que estas situações seriam raras, e que- depois de um tempo de consulta ao legislativo- tenderiam a desaparecer. de qualquer forma, pouca coisa pode expressar de forma tão marcante a pretensão revolucionária de limitar o poder judicial.

Por essa influência histórica, o Princípio da Legalidade é elemento essencial do Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, pois delimita tanto as normas que regulam o comportamento do poder público quanto as relações entre particulares.

Portanto imperiosa é a necessidade de haver toda uma legislação escrita para que o Estado possa cumprir com seu dever jurisdicional. Entretanto é necessário entender a tripartição de poderes para que entendamos a importância da lei e as outras fontes do direito em nosso ordenamento, bem como a aplicação e interpretação daquela. Se faz necessário entender como funciona a separação dos poderes, sendo eles Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como já lecionava o pensador iluminista Montesquieu, o ideal é existir uma separação dos poderes, para que nenhum deles pudesse usurpar funções do outro como medida autoritária (MOTA, 1998, *passim*). Cada poder estaria limitado à sua função, mas deveria fiscalizar a função do outro. Isso chama-se “ sistema de freios e contrapesos” (SILVA, 2009, *passim*).

Conforme entendimento de Teresa Arruda Alvin (2009, p. 3) a separação de poderes “passou a ser vista como um pressuposto da concepção de Estado de Direito”, formando assim um Estado Democrático. A própria Constituição da República consagra essa divisão quando estipula em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o

---

<sup>1</sup> “A expressão Estado Democrático de Direito, contida no art. 1º da CF, representa a necessidade de se providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva” (SANTOS, Maximiliano Kolbe Nowshadi. **Manual Simplificado De Direito Constitucional Para Concursos**. Brasília: Vestcon, 2012, p.125.)

Judiciário”. Esses poderes são distintos mas não possuem funções exclusivas, eis que são compostos de funções típicas e atípicas, como veremos adiante.

Resumidamente, o Poder Executivo está disposto do artigo 71 ao 91 da Constituição Federal. Abrangendo as esferas federais, estaduais e municipais, o poder Executivo vai (como o próprio nome já sugere) ter como função típica executar as leis postas pelo Legislativo, gerindo e administrando o interesse público e governando o povo de acordo com as atribuições estabelecidas na Carta Suprema. Em suma, esse poder em qualquer das três esferas terá um chefe eleito pelo povo, que vai gerir, administrar e organizar o ambiente ao qual foi designado para atuar.

Dentro deste poder há também as funções atípicas, quais sejam: legislar e julgar. Legislar pois além de normas de funcionamento interno, é possível ao chefe do Executivo Federal, o presidente da República, editar medidas provisórias.

Também é possível ao chefe do poder executivo propor projetos de lei, por exemplo. Sobre a outra função não típica do Executivo, podemos citar os julgamentos administrativos.

Sobre o poder legislativo, a função típica deste poder é a elaboração de leis, através de membros eleitos pelo povo para representá-lo por meio de mandato como forma de democracia. Essa elaboração das leis se dá através de debates, discussões e votações internas de cada câmara, e deve respeitar o processo legislativo adequado para cada tipo de lei.

Como funções atípicas, o Poder Legislativo também vai julgar, quando o Presidente da República for acusado de crime de responsabilidade (artigo 52, inciso I da Constituição Federal). Além de poder vetar alguns atos do Executivo, julgar contas dos chefes daquele poder.

Cabe ressaltar que esse caráter de lei positivada elaborada por um órgão competente remete diretamente às características do sistema *Civil Law*. Como esse sistema tem como fonte primária a lei, o Legislativo tem papel fundamental pois é ele quem vai criar o direito. Aliás, é ele quem vai criar e organizar os códigos que serão aplicados pelo Judiciário.

### 3.1.1 Poder Judiciário

As funções atípicas do Judiciário compreendem atividades de natureza legislativa e executiva. Como exemplo de atividade legislativa, temos o regimento interno dos Tribunais, que vão regulamentar uma série de atos processuais, de organização e funcionamento interno. Nas de natureza executiva, o artigo 96, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

O Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional, ou seja, é o poder/dever do Estado em aplicar a lei aos casos concretos conflitantes, buscando assim a paz social e a segurança jurídica.

A tutela jurisdicional do Estado vai muito além de uma mera obrigação do ente estatal para com o jurisdicionado. Ela tem o patamar de de direito fundamental, quando a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV (BRASIL, 1988) assim determina a inafastabilidade do poder jurisdicional:

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

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Esse artigo assegura não só os meios, mas também resultados justos e céleres aos jurisdicionados, obtendo assim a máxima efetividade dos direitos fundamentais, reduzindo a distância entre normatividade e efetividade (CAMBI, 2011. p. 219).

Essa função é exercida pela figura do juiz, pessoa concursada com formação na área jurídica. Assim, considerando que o magistrado brasileiro atua em um modelo jurídico onde a lei é a principal fonte do direito, seu papel e sua interpretação ao aplicar a norma positivada ao caso concreto é um ponto fundamental e que merece algumas considerações.

### **3.1.2 Interpretação do Juiz no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Pois bem. O conceito inicial do *Civil Law*, no sentido de a lei ser suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica, sofreu mutações, principalmente na modernidade (MARINONI, 2010, p. 100). Primordialmente, e como reflexos da Revolução Francesa, o juiz da *Civil Law* deveria aplicar a lei de uma forma mecânica, sem maiores ponderações. Eduardo Cambi (2011, p. 81) relata que antigamente, no ápice do positivismo jurídico, a característica desse modelo jurídico era “centrada na noção de segurança jurídica e na crença na centralidade da produção legislativa como forma de manifestação do direito”. Ou seja, seguir puramente a lei na resolução de conflitos era sinônimo de segurança jurídica.

Atualmente, ainda com traços de um positivismo jurídico, o protagonismo do julgador se depara com o princípio da Legalidade. O primeiro ponto a ser fixado é que as decisões dos magistrados brasileiros devem ser embasadas primordialmente naquilo que está disposto na lei. Teresa Wambier (2009, p. 8) destaca que através deste princípio os juízes têm de decidir os casos de acordo com a lei escrita. As decisões devem ser sempre fundamentadas, nelas deve haver referência à lei e elas são redigidas para persuadir a comunidade jurídica, membros do Judiciário e juristas, em geral.

Todavia um fator faz com que a legislação se torne muitas vezes insuficientes. René David (2014, p. 142), ao abordar a lei positivada nos países de família romano-germânica, enfatiza que ela “parece abarcar a totalidade da ordem jurídica”. Ora, o verbo “parecer” traz a tona a necessidade de se reconhecer que a

parte legislativa do sistema não vai abranger todas as situações que chegam ao judiciário. Aliás, o próprio autor reconhece que a lei “forma o esqueleto da ordem jurídica, mas a este esqueleto vai ser dada vida, em larga medida, por outros fatores”. Eduardo Cambi (2011, p.81) explica que o positivismo por si só não consegue resolver os casos difíceis (*hard cases*), quando a decisão judicial não pode “ser submetida a uma regra clara e predefinida”.

Com o fenômeno da globalização, novos modelos de relações jurídicas se formam e com isso, nasce a necessidade de ampara-las juridicamente, mesmo que não haja até então alguma previsão legal para aquele caso. Como a sociedade evolui e se modifica diuturnamente, é utópico imaginar que as leis criadas sirvam para abarcar todo e qualquer caso. As lacunas legislativas se tornam cada vez mais corriqueiras. Por Lacunas da lei entende-se que são espaços vagos deixados na legislação, podendo ser por termos genéricos ou por omissão legislativa, e que não têm previsão legislativa. Mesmo diante disso, “o Judiciário, quando do julgamento do caso concreto, decide com base em princípios, analogias, ou outras fontes do direito dada a ausência da legislação escrita e codificada” (MALAQUIAS, 2016).

### **3.1.3 Princípios Constitucionais e o neoconstitucionalismo**

Pensando nisso, a Constituição Federal traz em seu conteúdo os Princípios. E é através deles que os juízes adquirem liberdade na interpretação. Marinoni explica na obra *Ética dos Precedentes* (2016, p.94) que “a evolução da interpretação, bem como o próprio impacto do constitucionalismo [...] culminaram na dissociação entre texto legal e norma jurídica (resultado interpretativo)”. Deste modo, é possível dar uma nova interpretação à norma e enquadrar o caso concreto à uma solução justa. Esse novo papel interpretativo da Constituição na resolução das lides levando em consideração primordialmente os direitos fundamentais chama-se neoconstitucionalismo.

Seguindo a tendência do neoconstitucionalismo, a legislação infraconstitucional trouxe dispositivos que facilitam a aplicação de outras fontes do direito que não a lei pura e simples. É o caso da Lei de Introdução ao Direito

Brasileiro estipula em seu art. 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

No mesmo sentido, o próprio Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ordena em seu art. 1º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Deste modo, mesmo havendo todo um aparato legislativo, às vezes o julgador vai se deparar com falhas. Um exemplo prático dessas falhas é a lei que contenha cláusula geral. O magistrado deverá usar todo seu raciocínio jurídico e, conjuntamente aos princípios e garantias fundamentais que norteiam direito, chegar a uma interpretação e fazer a subsunção do fato à norma. Teresa Arruda Alvin Wambier (2009, p. 9) expõe que as “cláusulas gerais desempenham papel de vetor interpretativo de outras normas. Supõe-se que, com esta técnica, se consiga superar as dificuldades geradas pela complexidade das situações que podem surgir na vida cotidiana”.

Marinoni (2010, p. 153) vai além, e elenca as cláusulas gerais como técnicas propositais contemporâneas do poder Legislativo para dar mais autonomia ao judiciário para a construção do direito e que se destinam a “permitir ao juiz considerar circunstâncias não normatizadas para das solução adequada aos casos concretos”. Ruy Alves Henriques Filho (2008, p. 170) conclui que o juiz deve “fazer uso de seu discernimento para integrar uma norma, preenchendo as lacunas quando o direito silencia”.

E diante dessas lacunas é que o Magistrado vai utilizar mecanismos para “adaptar a norma às novas realidades e valores” (MARINONI, 2010, p. 153).

Assim, conclui-se que essa mecanização do intérprete do judiciário foi aos poucos sendo ultrapassada pela própria essência humana da ciência do Direito, conforme Willian Batista de Oliveira (2016) quando ressalta que o Magistrado não é um mero aplicador da lei, nem tampouco um “computador programado para apenas processar a norma e extrair uma solução, mas sim, uma pessoa comum, que traz ao longo de sua vida experiências, conceitos, sentimentos, opiniões que se refletem de forma direta na hora de decidir”. Eduardo Cambi (2011, p. 83) afirma que “o juiz, na ausência de um padrão normativo prévio e determinado teria o poder discricionário

para decidir do melhor modo que parecesse”. Oriana Piske (2006, *passim*) elucida a evolução do judiciário nesse sentido:

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. O Poder Judicial, que advém do liberalismo, justifica-se e legitima-se como um poder neutralizador de todo o poder.

Portanto, o juiz vai ter de interpretar essas normas de maneira fundamentada, fazendo com que aquele termo sintático ganhe efetividade no mundo real e garantindo que a lei, mesmo que dúbia ou omissa, seja aplicada e resolva as demandas a qual foram propostas. Afinal, conforme exposto anteriormente, o Estado-Juiz jamais poderá se abster de resolver as lides.

Nas palavras do Ruy Alves Henriques Filho (2017, p. 1001), “cabe ao Poder Judiciário o exercício de dizer o direito, interpretando as leis, normas e princípios de modo a solucionar os casos concretos coerentemente numa visão sistêmica”. René David (2014, p.149) reforça essa ideia de obrigatoriedade na prestação jurisdicional, mesmo em caso de ausência de leis para regulamentar tal caso, ratificando que o juiz da *Civil Law* deve pronunciar uma decisão, não podendo se refugiar atrás da fórmula do *non liquet*, como era permitido ao juiz na época romana, quando o direito era incerto. este autor ainda conclui que o juiz deve estatuir como o faria se fosse ele o legislador, inspira-se, nesta investigação, na tradição e na jurisprudência.

Porém é inevitável se deparar com tal questionamento: essas atribuições dadas ao judiciário não abalam ou alteram a estrutura da tripartição de poderes adotadas em nosso ordenamento? Eduardo Cambi (2011, p. 243) entende que, muito pelo contrário, “o Poder Judiciário, ao buscar a efetivação dos direitos fundamentais (especialmente os sociais), não está violando o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si”. Essa interpretação, baseada em normas e princípios seria então um meio de dar efetividade ao direito.

Ocorre que, por mais que o Estado tenha o poder-dever de dar uma solução ao caso que lhe é apresentado, a liberdade interpretativa do juiz pode muitas vezes gerar insegurança jurídica àqueles que buscam uma solução. Marinoni (2010, p. 61) afirma que a “a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações”. Um

mesmo litígio, com a mesma *ratio decidendi* muitas vezes é tratado de maneira distinta, a depender da visão de cada magistrado ou turma que vai analisar aquele caso. Isso gera um ambiente de instabilidade e incerteza, o que afeta e muito a credibilidade das pessoas frente ao Poder Judiciário. Afinal, “os juízes frequentemente divergem e proferem inúmeras decisões diferentes ao aplicarem o texto da lei” ( MARINONI, 2010, p. 63). Essa instabilidade na prática constata que “de nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes” (MARINONI, 2010, p. 63).

Essas interpretações do magistrado obviamente deverão ser fundamentada, expondo os motivos aos quais o magistrado se apoiou para decidir aquele caso. Tamanha é a importância da fundamentação dos magistrados que foi elevada a um patamar de princípio constitucional, conforme consta do artigo 93, IX, da Magna Carta (BRASIL, 1988):

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

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ainda, o artigo 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o qual estudaremos de maneira aprofundada mais a diante, também é um exemplo de dispositivo legal que obriga o juiz a explicar os caminhos normativos e interpretativos que o levaram a decidir daquela maneira.

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.

A fundamentação, a princípio, “presta-se para o juiz demonstrar a sua imparcialidade, bem como para conferir legitimação ao exercício do poder jurisdicional” (MARINONI, 2010, p. 174). Porém Marinoni elucida que a mera fundamentação não garante por si só que o princípio da imparcialidade seja aplicado. É preciso que as decisões guardem uma “coerência”. Teresa Wambier (2009, p. 8) complementa esse raciocínio explicando que “essa decisão, todavia, embora não esteja de acordo com a letra da lei, está de acordo com o sistema jurídico visto como um todo”.

Marinoni (2010, p. 204) explica ainda que o “Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela do direito fundamental”. O autor arremata essa ideia concluindo que Nesta dimensão, aliás, obviamente também não há como afirmar que a súmula vinculante, por ter eficácia que incide além do Poder Judiciário, viola a separação dos poderes.

Diante desses dispositivos que permitem aos juízes agir com uma maior flexibilidade de entendimento, compreende-se que a interpretação do magistrado é um meio de aproximar a prestação jurisdicional do caso concreto. É ela que vai fazer com que a lei seja aplicada, adequando os conceitos sociais ao texto legislativo. É a discricionariedade que vai fazer a ligação entre as lides e a lei positivada para se alcançar a justiça. Mas um questionamento surge com a liberdade de interpretação do magistrado: esse ativismo judicial, que surge com o neoconstitucionalismo, reforça uma insegurança jurídica aos jurisdicionados gerando instabilidade e imprevisibilidade das decisões? É exatamente neste ponto que a doutrina enfatiza a necessidade de utilizar os Precedentes como forma de conter a atividade jurisdicional e evitar insegurança jurídica.

## 4 PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Apesar das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos da *Civil* e *Common Law*, há de se ressaltar que a segurança e a previsibilidade “são valores almejados por ambos” (MARINONI, 2010, p. 63). Teresa Arruda Alvin (2009, p. 1), ainda complementa que apesar das diferenças históricas, o objetivo desses sistemas se converge: “pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade.”

Sendo o precedente a fonte primária do direito anglo-saxônico, é imperioso ter uma noção do que é e como se aplica essa fonte no Brasil, e como, por consequência, ele atua no ambiente de instabilidade jurisprudencial e insegurança jurídica.

### 4.1 DO CONCEITO DE PRECEDENTE

Entende-se por precedente toda decisão judicial relevante e inovadora a ponto de se projetar normativamente para o futuro, servindo de sustentáculo para a resolução de casos similares que aparecerão. Em um linguajar mais simplificado, é um julgado de um caso concreto que serve de modelo para casos semelhantes que venham a surgir.

Essas decisões não se limitam à letra de lei pura e simplesmente, mas sim trazem soluções e interpretações ao texto positivado. Nesse sentido, discorre Marinoni (2010, p. 216) explicando que precedente é a primeira decisão que cria uma tese jurídica (*ratio decidendi*), e complementa dizendo “que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo”.

Ressalta-se que não necessariamente uma única decisão forma um precedente. Esse é um processo que pode abranger um conjunto de casos analisados. Cumpre dizer também que nem toda decisão judicial é considerada um

precedente. Marinoni (2010, p. 216) explica ainda que “uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente”. Resumidamente, o autor explica que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente. Portanto, se no sistema *Common Law* o precedente é a própria lei, aqui no Brasil ele tem a função de orientar a interpretação da lei nas decisões.

Feita a conceituação do que é um precedente, passa-se a diferenciá-lo de jurisprudência e das súmulas, pois muito se confundem os papéis de cada um. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 871) criticam a pouca distinção feita entre estes componentes do direito quando da redação do art. 926, do Código de Processo Civil, artigo este que será abordado mais adiante. Para os autores, o referido artigo não alude às distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, “empregados igualmente em seus parágrafos”.

## 4.2 PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

Esclarecendo então, jurisprudência é um conjunto de decisões que vêm sendo reiteradamente aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, e que norteiam os componentes do processo sobre a interpretação das leis.

José Rogério Cruz e Tucci (2015, *passim*), ao elucidar a necessidade de se diferenciar esses três mecanismos do direito brasileiro, explica que a jurisprudência serve para mostrar qual o posicionamento dominante dos tribunais acerca de tal assunto:

Em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência — que é polissêmico geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela, em algumas hipóteses, a **tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal** (grifo nosso).

René David (2014, p. 150). também elucida que a jurisprudência e as leis criadas pelos legisladores são de natureza diferente:

A jurisprudência abstém-se de criar regras de direito, porque esta é, segundo os juízes, tarefa reservada ao legislador e às autoridades governamentais ou administrativas chamadas a completar a sua obra. Dever-se-á considerar que, apesar desta posição de modéstia, as regras de direito sejam de fato criadas pelos juízes? Entre regras de direito jurisprudencial e regras de direito formuladas pelo legislador existem, em todo caso, duas importantes diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema, de umas e outras. a Jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa estabelecer esse quadro.

Nota-se que não obstante, há situações em que haverá jurisprudência para defender ambas teses de um mesmo litígio, demonstrando a não uniformidade de entendimento sobre aquela questão. Tucci (2015, *passim*) explica que a jurisprudência, muitas vezes conflitante conforme se verifica, por exemplo, em acórdãos contraditórios, tem como natural decorrência ausência de uniformidade consequente insegurança jurídica:

Na verdade, em nossa experiência jurídica, num universo jurídico com mais de 50 tribunais de segundo grau, a respeito de muitas teses descobrem-se, não raro, num mesmo momento temporal, acórdãos contraditórios, evidenciando significativa ausência de uniformidade da jurisprudência e, como natural decorrência, consequente insegurança jurídica. E esse grave inconveniente pode ser inclusive constatado, por paradoxal que possa parecer, num mesmo tribunal, revelando divergência de entendimento, *intra muros*, entre câmaras, turmas ou sessões.

Com relação às súmulas, estas são enunciados que as cortes superiores produzem a respeito de um tema bastante específico, com o fim de gerar uniformidade no entendimento. Nas palavras de Marinoni (2010, p. 217), “a súmula faz parte de uma linguagem que descreve decisões”. Enunciados estes que, diferentemente dos precedentes, não provieram de um litígio inicial, com partes e formação de teses jurídicas. O autor deixa bem claro em sua obra que no procedimento de elaborar as súmulas não fazem presentes os requisitos do precedentes, pois estes necessitam obrigatoriamente enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial (2010, p. 217).

Feitas as devidas distinções, imprescindível demonstrar como os precedentes se manifestam no processo civil brasileiro.

### 4.3 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Diante de todo cenário de instabilidade e falta de segurança jurídica nas decisões, o legislador passou a incluir no nosso ordenamento um fenômeno que ocorre em outros países, “especialmente nos pertencentes à família do *common law*, acontece com os juízes e tribunais, independentemente de uma lei os obrigando para tanto, que é respeitar as decisões passadas” (KREBS, 2015, p. 180).

A primeira e mais visível manifestação ocorreu no artigo 926 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), quando determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Além de editar os enunciados de súmulas correspondentes a jurisprudência dominante, os juízes e tribunais deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (redação dos parágrafos 1º e 2º deste artigo).

Ao comentarem este artigo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 868) retomam a premissa de que “textos são equívocos e normas são vagas”, e que o “discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano”, e por isso o Código de Processo Civil atual se preocupa em “tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da segurança jurídica” através da estabilidade (sendo este um dos componentes da segurança jurídica, conforme os autores) conferida pelos tribunais ao direito. É a partir desses precedentes que os tribunais conseguem controlar a “uniforme aplicação” dos precedentes.

Conforme raciocínio dos autores, as Cortes Supremas (Superior tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) não devem dar repetir diversas vezes o mesmo entendimento aplicado a milhares de casos concretos que chegam até elas. O que se deve fazer, de fato, é “dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar interpretação futura do direito pelos juízes que compõem o sistema”, evitando assim a dispersão do sistema jurídico.

Como vemos, o art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) estabelece o dever do magistrado em observar cada um dos seus incisos.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
  - II - os enunciados de súmula vinculante;
  - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
  - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
  - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Assim, o que antes era analisado pela livre convicção do juiz ao julgar o caso, hoje ganha uma vinculação aos precedentes ditados pelos tribunais superiores. Se suas partes ingressarem com a demanda judicial com a mesma *ratio decidendi*, devem obter o mesmo provimento jurisdicional, sem instabilidade nos entendimentos sobre aquele assunto.

E é com estes artigos que o Código de Processo Civil tenta proporcionar soluções para esta problemática da insegurança jurídica, criando maior coesão do cenário jurídico.

Veremos então os mecanismos de aplicação do precedente no Brasil.

#### 4.3.1 O *Distinguishing* Aplicado no Direito Brasileiro

O *Distinguishing* é um mecanismo advindo do sistema *Common Law* que exige do magistrado uma análise para ver se o caso concreto, o qual está prestes a decidir, está em conformidade com o precedente, para então aplicá-lo baseando-se em semelhanças materiais relevantes. Mais precisamente, a *ratio decidendi* do caso deve ser similar àquela que instrui o precedente. Assim leciona André Luis Bitar de Lima Garcia e José Anijar Fragozo Rei (2012, *passim*):

Partindo da ideia de que nenhum caso é rigorosamente igual ao outro, podemos aferir que o problema da distinção é identificar que razões nos fazem privilegiar as diferenças ou semelhanças de um caso. Para isso, é preciso que seja feito um juízo de valor e o melhor fundamento para a distinção passa a ser o argumento dos direitos fundamentais. Noutros termos, se quisermos trabalhar os precedentes de forma menos abstrata, precisamos trabalhar os parâmetros de justiça e equidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Diferentemente do sistema *Common Law*, o magistrado da *Civil Law* não necessariamente precisa decidir de acordo e exatamente como as decisões anteriormente proferidas. Marinoni (2010, p. 39) explica que nesta situação, ele vai usar o que no outro sistema é chamado de *distinguished*, isto é, “a diferenciação do caso que está para julgamento”. O juiz vai poder decidir casos similares de maneira diversa daquela que foi decidido anteriormente, desde que justificadamente. Essa regra vai ser derivada do artigo 93 da Constituição Federal. O próprio Código Civil (BRASIL, 2002) traz, no artigo 489, parágrafo 2º, que em caso de colisão de normas “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Na prática, podemos citar um exemplo que Marinoni (2010, p. 386) traz em sua obra sobre como se opera o *disitnguishing* na subsunção do fato à norma:

Assim, por exemplo, a Ministra Nancy Andrigui, ao decidir monocraticamente o REsp 450659, argumentou que “*a alegada divergência com acórdão desta Corte, que versa sobre revisão de contratos extintos, não ficou devidamente caracterizada, pois o paradigma analisou a situação em que havia prova da continuidade da relação negocial, algo que sequer foi discutido no aresto vergastado. Assim, não estando configurada a similitude fática entre os casos confrontados, estão ausentes os pressupostos mencionados nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §2º do RISTJ*”

Portanto, verifica-se que no caso exposto, a Ministra verificou que a *ratio decidenti* do precedente era distinta daquela que compunha o caso a ser julgado, e portanto fundamentada e justificadamente aplicou o *distinguishing*, afastando o precedente”.

Ora, o próprio Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) atual, mais precisamente no art. 489, §1º, incisos V e VI, considera não fundamentada a sentença que não expõe os fundamentos que determinaram o uso de precedente, súmula e/ou jurisprudência, tornando obrigatória a técnica do *distinguishing*.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

Portanto, se a parte traz um precedente para balizar seu pedido, este deve ser profundamente analisado, sob pena de, não o fazendo, o juiz ser omissivo na sua decisão. Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Marinoni (2015, p. 491) nesse sentido explicam:

Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação (art. 489, §1º, VI, CPC)

Não basta, portanto, invocar um precedente. Deve haver uma fundamentação demonstrando porque se rejeita ou se acolhe o paradigma. Note-se que o precedente em si não perde sua força, apenas não se encaixa no caso em questão, continuando válido no mundo jurídico.

Epídio Donizetti (2015, *passim*) salienta em seu artigo que a intenção de o legislador adotar esse sistema de precedente é “oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas”. Porém nem todo precedente tem força vinculante. Até porque a função dos tribunais em criar um precedente e do magistrado ao aplicar o precedente é interpretativa, deixando a função legislativa reservada ao Legislativo, em respeito à tripartição dos poderes.

#### **4.3.2 OVERRULING**

A constante evolução da sociedade em seus conceitos morais tende a modificar a interpretação das normas, adequando-a à essa nova realidade que se estabelece. Logo, para que as decisões tenham efetividade e alcancem a justiça, impossível pensar em fontes do direito engessadas pela imutabilidade. Portanto, faz-se necessário rever alguns pontos, principalmente no tocante aos precedentes, quando estes não atendem mais às necessidades sociais.

Conforme exposto anteriormente, essa técnica de rever e superar precedentes é chamada de *overruling*. Neste caso, ao contrário do *distinguishing*, o precedente perde a sua força. Marinoni (2010, p. 392) aprofunda este pensamento:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling*- ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica- e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente- basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

Esta técnica está presente nos parágrafos art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

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.

O *overruling*, neste caso, garante que o precedente, como fonte do direito, continue tendo força normativa, pois quando ultrapassada sua *ratio decidendi*, esta será modificada para que tenha congruência e significado dentro do sistema jurídico. E, conforme disposto no parágrafo 4º desse artigo, a segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia deverão ser observados. Ressalta-se que esta superação do precedente pode ser total ou em partes.

Tamanha é a importância do *overruling* no sistema de precedentes que o enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis comenta o artigo 927, § 4º, esclarecendo que: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017).

Fica evidente neste dispositivo do Diploma Legal que a superação do precedente deverá ser devidamente fundamentada. Como a mudança do precedente não pode infringir o princípio da não-surpresa, pegando desprevenidos os jurisdicionados, é que a “eficácia da alteração do precedente somente para o futuro (*prospective overruling*)” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015. p. 876).

Além de superar o precedente, a corte deverá proferir nova posição “para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam” (DONIZETTI, 2015, *passim*)

#### 4.4 OUTRAS MANIFESTAÇÕES DA CULTURA DO RESPEITO AOS PRECEDENTES NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

De maneira sucinta, será demonstrada algumas formas de como os precedentes de encaixam no ordenamento jurídico brasileiro. Obviamente não é o intuito desta pesquisa esgotar o entendimento acerca dos demais instrumentos, mas alguns institutos merecem especial atenção, sendo eles o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Súmulas Vinculantes.

Pois bem. Conforme mostrado anteriormente, o art. 927, inciso III do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) impõe a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem os acórdãos de Resolução de demandas repetitivas. No art. 976, estão dispostas as regras de funcionamento do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas):

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:  
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;  
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em uma breve análise sobre o tema, entende-se que demandas repetitivas são “processos individuais e/ou coletivos que, em larga escala, repetem-se no Poder Judiciário, versando sobre questões de direito (material ou processual) e/ou fatias de origem comum e homogênea” (CAVALCANTI, 2016, p. 42).

Este mecanismo consiste basicamente numa facilitação para solução de litígios idênticos que chegam ao judiciário. As demandas que se repetem, decorrente da mesma tese jurídica (*ratio decedendi*) e do mesmo conflito originário sobre questões unicamente de direito sofrem um julgamento por amostragem pelos Tribunais Superiores, que vão fixar a tese jurídica e uniformizar o entendimento sobre aquele determinado assunto. Tese esta que deverá obrigatoriamente ser seguida pelos tribunais *ad quo em todos* os casos idênticos. Marinoni, Sergio e Daniel entendem que a finalidade deste dispositivo é objetivar que “demandas repetitivas (ou seja, que envolvam a mesma discussão de questão exclusivamente de direito) possam gerar risco à isonomia e à segurança jurídica” (2015, p. 876).

Marcos Cavalcanti (2016, p. 249) explica que para revisar o precedente (*overruling*) o “interessado deve demonstrar argumentos fáticos e jurídicos que podem servir de baliza para demonstrar a necessidade de revisão da posição firmada no IRDR anterior”. O autor cita, como exemplo, mudanças sociais, econômicas, culturais ou políticas a que se refere a tese definida em IRDR.

Tanto é a força vinculante da tese firmada que o relator, ao se deparar com um recurso de matéria já consolidada em IRDR, poderá negar seguimento, conforme redação do art. 932, IV, “c”, do Diploma Processual Civil.

Assim, basicamente o IRDR vai atuar como um instrumento de produção de precedentes. Este mecanismo evita que casos idênticos recebam decisões diferentes, resguardando assim os princípios da segurança jurídica e isonomia

Assim aprofundam os referidos autores (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART 2015, p. 876):

Também se exige que para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia e segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores[...] Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população, e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela justiça.

Ressalta-se que o IRDR cria um precedente para firmar posicionamento sobre os pontos controvertidos do assunto discutido, mas não resolve a demanda individual em si, cabendo aos tribunais *ad quo* aplicar a *ratio decedendi* firmada às demandas repetitivas.

Ainda, o art. 927, inciso I do Código de Processo Civil elenca os enunciados de súmula vinculante. Pedro Lenza afirma que “o instituto do *stare decisis* influenciou a criação da súmula vinculante no direito brasileiro” (2017, p.905). A súmula vinculante introduzida em nosso ordenamento jurídico através da emenda constitucional nº45/2004, está disposta no art. 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispondo que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

A súmula vinculante em si não se confunde com o conceito de precedente, como já fora explicado anteriormente. O que analisa-se neste momento é a força

vinculativa da súmula, que muito se assemelha à coercitividade dos precedentes da *common law*.

Ressalta-se que a vinculação da súmula é de exclusividade do STF, e tem por objeto “a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas” (LENZA, 2017, p. 911). Percebe-se que pela redação do §1º, que o objetivo da súmula vinculante é pacificar entendimento de controvérsias fáticas e interpretativas, evitando assim a insegurança jurídica.

Além de poder editar de ofício, o STF pode rever ou cancelar a súmula vinculante, ou seja, pode exercer o *overruling* naquela tese firmada. Para que isso ocorra, é necessário que “ocorra superação da jurisprudência pelo próprio STF; alteração legislativa; ou modificação substantiva de contexto político, econômico ou social” (LENZA, 2017, p. 913).

Logo, após esta breve exposição, resta claro mais uma vez que a cultura dos precedentes tão enaltecidos no sistema *Common Law* está sendo aos poucos incorporada ao nosso processo civil, com estes e outros mecanismos que garantem a efetividade da tutela jurisdicional do estado. Esses mecanismos são essenciais para realizar o disposto no art. 5º LXXVIII da Constituição, na medida em que estabelece a isonomia no tratamento dos jurisdicionados e traz maior segurança jurídica.

#### 4.5 A DOCTRINA E SEU POSICIONAMENTO SOBRE A CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Percebe-se que uma boa parte da doutrina e estudiosos do direito compartilham da ideia de que não mais somos um sistema *Civil Law* positivista ao extremo, e estamos sim nos aproximando do sistema *Common Law* como meio de flexibilização do Processo Civil brasileiro para assim, atingir o fim maior do direito, que é a justiça. Marinoni inicia sua obra “Os Precedentes Obrigatórios” com um capítulo<sup>2</sup> abordando exatamente esta temática. O autor comenta que apesar das

---

<sup>2</sup> “APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW* E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL”.

circunstâncias distintas as quais nasceram cada sistema e das transformações que acontecem no *Civil Law*, há alguns institutos do *Common Law* que trazem uma “grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes”. Nas palavras do autor (MARINONI, 2010, p. 23):

Este capítulo pretende demonstrar, mediante um método histórico-crítico, a **aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law***, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro. Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, elementos indispensáveis a um Estado de Direito (grifo nosso).

Teresa Arruda Wambier (2011, *passim*), em um artigo escrito para a Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, afirma com veemência que estamos sim buscando os “mesmos valores por esse sistema prezados, habitualmente referidos pelas expressões *equality, uniformity, stability, predictability*, mas por caminhos diversos, que, a nosso ver, são típicos do *civil law*”.

Dentre outros posicionamentos, temos o de Donizetti (2015, *passim*), no mesmo sentido:

Por essas razões é que se pode dizer que o *Civil law* passa, atualmente, por uma espécie de descaracterização em prol da efetivação e modernização do Direito, aproximando-se cada vez mais do sistema do *Common law*. Tal premissa é notada pela doutrina em sua maioria. Como exemplo, permito-me citar o Professor Luiz Guilherme Marinoni.

Por fim, o Ministro Teori Zavascki, enfatizou que a eficácia expansiva das decisões judiciais gera uma maior valorização dos precedentes no ambiente processual civil brasileiro, nos faz caminhar “a passos largos para o *Common Law*” (informação verbal)<sup>3</sup>.

Fica evidente portanto, que apesar de mantermos um sistema jurídico de *Civil Law*, onde impera a lei codificada, esses mecanismos do direito anglo-saxão foram introduzidos ao nosso ordenamento, nos aproximando um pouco do sistema estrangeiro, com o intuito de afastar a instabilidade do cenário jurídico, trazendo assim maior segurança jurídica.

---

<sup>3</sup> Notícia fornecida pelo Ministro Teori Zavascki no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional realizado em 10 de novembro de 2015, em Brasília.

## 5 CONCLUSÃO

Fica nítido, após toda a evolução histórica e características da *Civil Law* e *Common Law*, que nosso modelo jurídico vem adquirindo características do sistema *Common Law* através do uso dos precedentes que o permite ser mais flexível, abandonando aquela ideia de positivismo engessado pela literalidade da lei. Não somos mais um modelo que considera e aplica a lei como se ela fosse distante do mundo fático.

Os legisladores, ao trazerem ao mundo jurídico a Lei 13.105 de 2015, o atual Código de Processo Civil, se preocuparam em inserir em nosso ordenamento jurídico mecanismos do sistema *Common Law* como forma de assegurar o princípio da segurança jurídica e dar mais dinamicidade ao direito brasileiro. Obviamente que a nossa fonte primária continua sendo a lei, mas ela tão somente não se mostra suficiente para acompanhar as evoluções dos conflitos sociais. Assim, a conduta dos juízes ao decidir as lides deve ser dinâmica ao fazer a subsunção do fato à norma. O magistrado tem uma responsabilidade que vai além da lide que está em suas mãos.

Respondendo ao questionamento levantado anteriormente, o ativismo judicial é necessário para suprir as lacunas existentes na legislação. Mas esse ativismo deve observar certos limites impostos pela lei para que não haja um ambiente judicial tumultuado e e desarmonizado. Esses limites são impostos de certa maneira pelos dispositivos que valorizam o uso dos precedentes como mecanismo de uniformização de entendimento.

E é através da cultura dos precedentes que as decisões judiciais estarão cada vez mais coerentes com a evolução da sociedade, sem disparidades e imprevisibilidades, trazendo assim segurança jurídica aos jurisdicionados, que vão bater às portas do Poder Judiciário com a certeza de que serão tratados com equidade e não enfrentarão decisões teratológicas.

Desta forma, entendo que podemos considerar que o processo civil brasileiro sofre uma modernização na forma como ocorre a prestação jurisdicional. Essa aproximação dos sistemas, principalmente no tocante aos precedentes e a importância que os segue, auxilia e muito na subsunção do fato à norma, dando a devida fundamentação ao caso em litígio e permitindo que a segurança jurídica seja intrínseca às decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

ALVES HENRIQUES FILHO, Ruy et al. **A NOVA APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES NO CPC/2015**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1085 p.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e processo**. 1. ed. São Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 280 p.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

CAMBI, Eduardo. **neconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. 2010. Artigo publicado na REPRO – **Revista de Processo** no. 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 03 maio 2018.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 355. .

DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 427 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.2, p. 385.

DINIZ KREBS, Hélio Ricardo. **SISTEMA DE PRECEDENTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 285 p.

DONIZETTI, Epídio. **Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a->

forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 08 ago. 2018.

FERNANDES, Me. Cláudio. **Revolução Francesa**. 2016 Disponível em: <<http://historiadomundo.uol.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

**Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. 2017. Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 04 de outubro.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima; REI, José Anijar Fragoso. O distinguishing realizado pelo STF no julgamento da ADIN 3.421-PR. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 196, n. 49, p.311-325, out. 2012. Trimestral. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496630/000967072.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **Os juristas medievais e o Direito Romano**. fevereiro 2013. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/02/22/os-juristas-medievais-e-o-direito-romano-2/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Aplicabilidade da regra do stare decisis ao direito brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 09 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49379&seo=1>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de camargo. Divergência jurisprudencial a súmula vinculante. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2007;00078335>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo cpc. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 125 p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil**: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.1 p. 21.

\_\_\_\_\_. **Elaboração dos conceitos de ratio decidendi** (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. Disponível em: <[www.marinoni.adv.br](http://www.marinoni.adv.br)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: [www.marinoni.adv.br](http://www.marinoni.adv.br). Acesso em: 29 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 549 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.871

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Corpus Juris Civilis: Justiniano e o Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/corpus-juris-civilis-justiniano-e-o-direito-brasileiro>>. Acesso em: 02 maio 2018.

MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Willian Batista de. **O Papel Social Do Juiz**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=148>>. Acesso em: 28 maio 2018.

PISKE, Oriana. **A Atuação Criativa Do Juiz E A Efetividade Da Jurisdição Nos Juizados Especiais Do Distrito Federal**. 21/11/2006. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/a-atuacao-criativa-do-juiz-e-a-efetividade>>

POUND, Roscoe. **Liberdade e Garantias Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: IBRASA, 1976. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1976;000025232>. Acesso em: 30. mar. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.61

SILVA, José Afonso da apud SOUZA, José Alves de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 110.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

VENOSA, Sílvio de Saldo. **Direito civil**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 98.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law?. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa\\_wambier.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html). Acesso em: 16 ago. 2018

\_\_\_\_\_. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: Civil Law e Common Law: **Revista de Processo 1** v. 172 . São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2009. p. 6