



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ - UNIFESSPA
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO – FADIR

ANDRE HIPOLITO CORREA AGUIAR

**A EFETIVIDADE DOS PRECEDENTES NO BRASIL A PARTIR DO CPC
DE 2015: UM ESTUDO COMPARADO COM O INSTITUTO DE
PRECEDENTES DO SISTEMA DE TRADIÇÃO JURÍDICA COMMON
LAW**

Marabá – Pará

2019

ANDRE HIPOLITO CORREA AGUIAR

A EFETIVIDADE DOS PRECEDENTES NO BRASIL A PARTIR DO CPC DE 2015: UM ESTUDO COMPARADO COM O INSTITUTO DE PRECEDENTES DO SISTEMA JURIDICO DE TRADIÇÃO COMMON LAW

MONOGRAFIA APRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO, DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ, SOB ORIENTAÇÃO DA PROF.^a JOSEANE DO SOCORRO DE SOUSA AMADOR.

Marabá – Pará

2019

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Aguiar, Andre Hipolito Correa

A efetividade dos precedentes no Brasil a partir do CPC de 2015: um estudo comparado com o instituto de precedentes do sistema jurídico de tradição common law / Andre Hipolito Correa Aguiar ; orientadora, Joseane do Socorro de Sousa Amador. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Precedentes judiciais. 2. Direito comparado. 3. Processo civil. 4. Segurança jurídica. 5. Hermenêutica (Direito). 6. Juízes – Decisões. I. Amador, Joseane do Socorro de Sousa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.46

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRE HIPOLITO CORREA AGUIAR

A EFETIVIDADE DOS PRECEDENTES NO BRASIL A PARTIR DO CPC DE 2015: UM ESTUDO COMPARADO COM O INSTITUTO DE PRECEDENTES DO SISTEMA JURIDICO DE TRADIÇÃO COMMON LAW

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará como requisito à obtenção de título a Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof.^a Joseane Do Socorro De Sousa Amador
Orientadora – Professora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Prof. Ms. Edieter Luiz Ceconello
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Marabá, 30 de Outubro de 2019.

“A tua justiça é eterna, e a tua lei é a verdade”.

Salmos 119:142

AGRADECIMENTOS

O histórico de minha educação é marcado por grandes mulheres que me subsidiaram experiências de vida. Agradeço os meus pais Divina Ferreira Aguiar e Domingos Paixão Correa Aguiar pelo empenho diuturno em educar seus filhos para serem cidadãos de bem. Agradeço, ainda, aos meus avós, em especial a vó Maria de Oliveira Barros pelo presente de infância que jamais esquecerei: tabuada e caderno de caligrafia.

Talvez eu seja um privilegiado, quando o assunto é educação. O recebimento de aporte veio de várias pessoas que não posso olvidar de citá-las: meu tio Domingos Barros e sua esposa Ducilene, obrigado por ter comparecido nas reuniões da escola; e Glauce Dayane Cicuto sou eternamente grato por tudo e saiba que a Senhora contribuiu grandiosamente para a minha formação como cidadão.

Na minha vida acadêmica também recebi diversas contribuições que levarei para a vida, em especial, pelas amizades que conquistei e levarei para sempre: Cláudio Franco de Brito; Delfino Silva Gomes; Eryca Rubielly Cabral Tolentino (sic); Vandeson da Silva e Vitoria Xavier da Costa (sic). Agradeço ainda à minha orientadora Joseane do Socorro de Sousa Amador por ter aceitado essa empreitada de me orientar na presente monografia. Por fim, mas não menos importante, agradeço a minha mentora de estágio Maria Zélia Lopes por alavancar os meus conhecimentos práticos no mundo do Direito e da vida. E obrigado a Deus por ter me concedido graças; e ter colocado todas as pessoas supracitadas em minha vida.

RESUMO

A presente monografia é fruto de estudos bibliográficos acerca dos precedentes judiciais. Este, trata-se de uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto e seu elemento normativo (*ratio decidendi*) pode servir como fonte para julgamento posterior de casos iguais ou semelhantes. Tal instituto, de origem do *sistema jurídico de tradição common law* também vem sendo adotado no *sistema jurídico civil law* e ganha notoriedade no *sistema jurídico de tradição brasileira* com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Como problematização ao assunto, destaca-se a possível duplicidade de funções: garantir a segurança jurídica; e/ou ferramenta de otimização do Poder Judiciário. Diante disso, para contextualizar o tema, faz-se necessário diferenciar o sistema de tradição jurídico *common law*, *civil law*, e *brasileiro*; avaliar a aplicação dos precedentes; apontar o papel do judiciário na sua aplicação; bem como determinar a técnica de enfrentamento ao precedente. A pesquisa é de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado; *common law*; *civil law*; *sistema jurídico de tradição brasileira*; *ratio decidendi*; precedentes judiciais.

ABSTRACT

This monograph is the result of bibliographical studies on judicial precedents. This is a court decision taken in the light of a specific case and its normative element (*ratio decidendi*) can serve as a source for later judgment of the same or similar cases. This institute, which originated from the *common law* legal system, has also been adopted in the *civil law* legal system and has gained notoriety in the Brazilian legal system with the advent of the 2015 Civil Procedure Code. of duties: ensuring legal certainty; and / or Judicial Power optimization tool. Thus, to contextualize the theme, it is necessary to differentiate the *common law*, *civil law*, and *Brazilian system*; evaluate the application of precedents; point out the role of the judiciary in its application; as well as determining the coping technique to the precedent. The research is qualitative approach, having as procedure the bibliographic and documentary survey.

KEYWORDS: Comparative Law; *common law*; *civil law*; *legal system of Brazilian tradition*; *ratio decidendi*; judicial precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO CIVIL LAW E SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO COMMON LAW	11
1.1. Direito comparado.....	11
1.2. Tradição jurídica civil law	13
1.3. Tradição jurídica common law.....	17
1.4. Tradição jurídica brasileira	19
2. FONTES DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO BRASILEIRA	21
2.1. Lei.....	23
2.2. Costume.....	24
2.3. Princípios Gerais do Direito.....	26
2.4. Jurisprudência.....	27
2.5. Precedentes	29
3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL..	30
3.1. Ativismo e Direito Comparado	32
3.2. Ativismo Judicial e criação “Legislativa”	33
4. PRECEDENTES: SEGURANÇA JURÍDICA OU FERRAMENTA DE OTIMIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO?.....	35
4.1. Precedentes – Segurança Jurídica	36
4.2. Precedentes – ferramenta de otimização da administração do poder judiciário.....	38
4.2.1. Construção de um precedente	38

4.2.2. Precedentes no sistema de tradição jurídica <i>common law</i> e <i>civil law</i>	39
4.2.3. Precedentes no sistema jurídico de tradição brasileira: ferramenta de otimização	41
5. MÉTODOS DE SUPERACÃO AO PRECEDENTE.....	45
5.1. Distinguishing	45
5.2. Overruling e Transformation.....	47
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A romanização de Portugal fez com que o país lusitano herdasse diversas ciências romanas, entre elas, o sistema de tradição jurídica romano-germânico, que mais tarde fora conhecido como *civil law*.

Nessa tradição jurídica romanística (*civil law*), de maneira simplória, o ordenamento jurídico é regido por leis codificadas, e esta técnica, da codificação, possibilitou a sua expansão para todos os demais territórios ligados aos romanos.

A *terra brasílis*, por sua vez, marcada em sua história por um longo período de colonização pelos lusitanos, seguiu a herança dos portugueses e acabou por incorporar também a tradição *civil law* em nosso ordenamento jurídico.

Um salto na história para a atualidade, há doutrinadores, conforme se verá adiante, que defendem a tese de que o Brasil [sic] ainda é por demasiadamente um país de tradição jurídica *civil law*, isto é, a lei é posta como a fonte primária de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, ao analisar a Ciência do Direito nacional, constata-se, sem muito esforço, que o ordenamento jurídico brasileiro é altamente *cosmopolita*. Uma das razões para se afirmar isso, é o acolhimento de institutos jurídicos oriundos da tradição jurídica *common law* ao ordenamento jurídico nacional: jurisprudência, precedentes etc.

No que diz respeito à tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*) – fruto dos trabalhos dos Tribunais de *Westminster* (Tribunais Reais de Justiça), presentes outrora na Inglaterra –, manifesta-se como um sistema de Direito que utiliza como fonte os usos e costumes, sem se vincular a uma compilação de normas escritas. Diante disso, os Tribunais Reais de Justiça haviam por função decidir casos de notoriedade e, diante do prestígio desses tribunais, suas decisões seriam replicadas nos casos futuros semelhantes ou iguais. O *common law*, portanto, revela-se como

um Direito jurisprudencial, isto é, as soluções dos litígios são fruto da interpretação do caso à luz da convicção do julgador, não havendo, pois, uma convicção subordinada a uma norma escrita.

Todavia, assim como no sistema de tradição jurídica *civil law*, o sistema *common law* também sofreu fortes modificações, de modo que não se pode, atualmente, afirmar a aplicação única e exclusiva de um sistema em determinado país. No Brasil não é diferente: apesar do *sistema de tradição jurídica brasileira* possuir familiaridade aproximada com o sistema de tradição romanístico, conforme supramencionado, adota-se no território brasileiro diversos institutos do sistema anglo-saxônico. Entre esses institutos, estão os precedentes judiciais, objeto de estudo e análise do presente escrito.

Os precedentes judiciais ganharam notoriedade no *sistema jurídico de tradição brasileira*, sobretudo com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Entre as diversas novidades trazidas por este código, está a força vinculante dos precedentes, como por exemplo, a estipulada por meio da norma contida no art. 489, §1º, inciso VI.

De acordo com a norma supra, Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Extrai-se, portanto, que o julgador estará estritamente vinculado ao precedente invocado ao processo *sub examine*, salvo se demonstrar a sua inaplicabilidade através da técnica da distinção (*distinguishing*).

Essa vinculação do juiz aos precedentes judiciais emanados pelos tribunais certifica um processo de *horizontalização das fontes do Direito brasileiro*, motivo pelo qual não há mais razão para se afirmar que as leis codificadas representam as fontes primárias do Direito nacional.

Ante o exposto, o presente escrito tem por objetivo debruçar acerca dos precedentes a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, utilizando-se da ciência do Direito Comparado para se chegar a uma possível conclusão acerca da efetividade dos precedentes: garantir a segurança jurídica, ou otimizar a administração do Poder Judiciário no *sistema jurídico de tradição brasileira*.

Por fim, ressalta-se que a pesquisa é de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico, em especial dos doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e René David, e documental, com consulta a estudos e pesquisas bem como à jurisprudência acerca do problema de pesquisa. Além da introdução e da conclusão, o texto apresenta as seguintes seções: a primeira versa sobre o sistema jurídico de tradição *civil law* e sistema jurídico de tradição *common law*; a segunda seção analisa as fontes do direito no *sistema jurídico de tradição brasileira*; a terceira seção tem por objetivo abordar o protagonismo do poder judiciário – ativismo judicial; a quarta seção tem por escopo responder ao seguinte questionamento “precedentes: segurança jurídica ou ferramenta de otimização da administração do poder judiciário?”; por último, apresenta-se na última seção os métodos de superação ao precedente.

1. SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO CIVIL LAW E SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO COMMON LAW

1.1. Direito comparado

A investigação científica que utiliza como meio de pesquisa o Direito Comparado para estudar os sistemas jurídicos internacionais e suas tradições, busca desvendar muito mais que igualdades e diferenças entre os sistemas. De maneira sucinta, o renomado jurista francês René David (2002, p. 8) aponta três planos de vantagens que o Direito Comparado oferece, quais sejam: útil para a

investigação histórica ou filosófica referente ao direito; compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional; e conhecer melhor e aperfeiçoar o Direito nacional.

Sem a pretensão de discorrer acerca de todas as vantagens ofertadas, por ora, utilizar-se-á o Direito Comparado para conhecer melhor o sistema jurídico pátrio e sua tradição que, conforme veremos adiante, possui diversas fontes de inspiração para a formação do direito nacional¹.

Muito mais que um simples cotejo, o Direito Comparado é uma Ciência que tem por método a comparação² de Direitos, isto é, o estudo comparativo sistemático de diferentes ordens jurídicas (JERÓNIMO, 2015, p. 11).

“O Direito Comparado busca compreender o fenômeno jurídico a partir da análise comparativa de diferentes sistemas não apenas quanto à sua forma e estrutura geral, mas também quanto a seu conteúdo” (SGARBOSSA; IENSUE, 2017, p. 16).

Nesse diapasão, o Direito Comparado pode ser compreendido como uma Ciência que busca, através do método comparativo, além da constatação de semelhanças e diferenças entre os sistemas normativos objetos de estudo, respostas históricas ou filosóficas sobre o Direito; bem como a compreensão dos sistemas estrangeiros para subsidiar as relações jurídicas internacionais; e o aprimoramento dos sistemas ora comparados.

¹ “Além do legislador utilizar do Direito Comparado para aperfeiçoar o direito pátrio, também o faz a doutrina e a jurisprudência. Afinal de contas, a Ciência do Direito tem em sua essência um caráter transnacional”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

² “Destaca-se que o método comparativo é apenas uma das ferramentas do Direito Comparado e não compromete o seu caráter científico, vez que, nessa seara do fenômeno jurídico, o estudioso se vale de outros instrumentos inseridos no cotidiano dos operadores do Direito considerado na sua generalidade. Para entender cada um dos ordenamentos jurídicos estudados, o trabalho do comparativista precisará lançar mão de outros instrumentos de cultura para cotejar com segurança o substrato sob análise. Diante disso, não se pode querer restringir o Direito Comparado à mera qualificação instrumental. Ele vai muito além disso, posto possuir um objeto determinado, um método específico e prevalente, princípios organizados na literatura jurídica em vários países do mundo e, finalmente, detém autonomia didática”. CARVALHO, Weliton. *Direito comparado: método ou ciência?*. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176559>>. Acesso em: 16 jul. de 2019.

Essa Ciência, doravante, também será utilizada para o estudo dos sistemas jurídicos de tradições *civil law* e *common law* com o intuito de propiciar algumas notas propedêuticas, essenciais para subsidiar o entendimento da aplicação dos precedentes judiciais em cada sistema de raiz tradicional derivada.

A professora da Escola de Direito da Universidade do Minho, Patrícia Jerónimo, certifica que o Direito Comparado pode assumir diversas modalidades, de acordo com o objeto que presida ao estudo comparativo. Essa Ciência, segundo a autora, pode assumir a modalidade *macrocomparativa* ou *microcomparativa*³.

A *macrocomparativa* consiste no estudo comparativo de duas ou mais ordens jurídicas estaduais consideradas na sua globalidade, mas também pode designar a comparação entre famílias de Direitos. A *microcomparativa*, em seu turno, realiza o estudo comparativo das soluções jurídicas encontradas em duas ou mais ordens jurídicas estaduais diferentes para um determinado problema, isto é, a comparação de institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes (JERÓNIMO, 2015, p. 12-13).

Usarei, em primeiro momento, a modalidade *macrocomparativa* a fim de traçar um paralelo entre os sistemas jurídicos de tradições *civil law* e *common law* e, em seguida, a modalidade *microcomparativa* com o intuito de desvendar como o precedente judicial, de origem da tradição *common law*, está sendo aplicado no ordenamento jurídico pátrio, de raiz declarada *civil law*.

1.2. Tradição jurídica *civil law*

Conforme supramencionado, o Direito Comparado será utilizado na modalidade *macrocomparativa* para o conhecimento dos sistemas jurídicos de tradição *civil law* e *common law* para que, em seguida, possamos compreender de

³ Cf. JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. 1. ed. Braga: ELSA UMINHO, 2015, p. 12-13.

que maneira o precedente judicial é aplicado no ordenamento jurídico nacional e quais as suas benesses e implicações (modalidade microcomparativa).

Oriundo da família romano-germânica, a tradição da *civil law* ultrapassou as fronteiras do antigo Império Romano, por meio das colonizações, e mantem-se nos novos territórios mediante a técnica jurídica da *codificação*.

O sistema de Direito romano-germânico formou-se na Europa Continental, no século XIII, a partir do renascimento dos estudos de direitos romanos nas universidades, produzidos nos séculos XII e XIII. (DAVID, 2002, p. 39).

O movimento renascentista provoca diversas mudanças na sociedade como um todo. Sem a pretensão de aprofundar neste marco histórico, interessa-nos, neste momento, o estudo dos impactos provocados no âmbito do Direito. Assim sendo, no plano jurídico, a sociedade da época, com o renascer das cidades e do comércio, retoma⁴ a consciência que *somente o Direito pode propor a ordem e a segurança jurídica necessárias ao progresso* (DAVID 2002, p. 39).

A eclosão do sistema de tradição romano-germânico não resulta de um poder político ou da centralização operada por uma autoridade soberana. O Direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de *cultura*, surgiu e continuou a existir independentemente de qualquer intenção política. Diante disso, as ideias de que somente o Direito pode propiciar a ordem e a segurança jurídica, resultam-se dos novos focos de cultura criados no Ocidente europeu, bem como o papel de destaque das universidades (DAVID, 2002, p. 40-41).

Nesse sentido, a partir do pensamento renascentista, as universidades começam a ocupar papel de destaque no estudo do Direito, inicialmente pela

⁴ “Ressalta que a ideia de a sociedade ser guiada pelo Direito não é algo de novo. Contudo, a retomada desse pensamento no século XII representa uma revolução. Exigiam, doravante, que as relações sociais se baseassem no Direito e que se ponha termo (freios) ao regime de anarquia e de arbítrio que imperava há séculos”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

Universidade de Bolonha, na Itália⁵ (GALIO, 2014, n. p.). O Direito Romano, uma das bases ensinadas nas universidades, é pioneiro em organizar o Direito, extraindo a regra jurídica dos casos concretos quotidianos, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando aos novos casos (CRETELLA, 1986, p. 3, apud GALIO, 2014, n. p.).

“A expressão direito romano é empregada (...) para designar as regras jurídicas consubstanciadas, no *Corpus Juris Civilis*, conjunto ordenados de leis e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou os séculos e chegou até nossos dias” (CRETELLA, 2001, p. 7).

Desde o século XII em que o *Corpus Iuris Civilis*⁶ foi encontrado e os textos romanos passaram a ser objeto de estudo pelas universidades, incorporou-se a técnica de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, tornando o Direito o fruto de um intenso trabalho intelectual (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 185-186, apud GALIO, 2014, n. p.).

Contudo, foi somente no século XIX que ocorre uma revolução cultural responsável pelo desenvolvimento jurídico e a consolidação de um novo modelo: surgimento dos códigos nacionais⁷. Os abusos excessivos de privilégios dos

⁵ “Nas universidades da Europa, a base de todo o ensino do Direito era o Direito romano e o Direito canônico. O Direito nacional fará a sua participação nas universidades somente no final do século XX, com o surgimento dos códigos nacionais”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43-44).

⁶ “A compilação levada a efeito por Justiniano no século VI, foi organizado em cinco capítulos: direito das pessoas, direito de família, sucessões, propriedade e obrigações. Mais importante do que a própria compilação, foi a proibição de Justiniano de que se fizesse qualquer referência ao trabalho dos juristas (intérpretes) e a elaboração de comentários a respeito do *Corpus*. Diante disso, a tradição *civil law* nascia em torno da interpretação de uma compilação de regras jurídicas, atrelada a um de seus dogmas, qual seja: o de o juiz somente aplicar a lei, sem interpretá-la”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁷ “Antes do século XIX, os costumes e as ordenanças dos príncipes não eram objetos de estudos daqueles que se debruçavam sobre a Ciência do Direito. Esta, via o Direito como um valor universal aplicável a todos os países. O Direito, até então, preocupava-se em estudar os princípios e soluções de um direito justo, conforme à vontade de Deus, à natureza e à razão humana. Contudo, com o surgimento dos códigos nacionais, trouxe consigo a nacionalização dos sistemas jurídicos, responsável pelo desenvolvimento jurídico do século XIX. Assim sendo, o surgimento das codificações foi fruto de um movimento nacionalista, baseado na ideia de que cada Estado deveria

nobres, do clero e dos magistrados, resultaram na Revolução Francesa⁸. Rompe-se os laços com a monarquia absolutista. A ordem do dia, portanto, passa a ser o controle do poder por meio da lei. (GALIO, 2014, n. p.).

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (MARINONI, 2009, p. 46).

A partir deste momento a lei passou a ter o papel fundamental de representar a vontade do povo, impossibilitando, deste modo, qualquer forma de interpretação, devendo inclusive o magistrado restringir sua decisão ao texto legal⁹ (WAMBIER, 2010, p. 36, apud GALIO, 2014, n. p.). O objetivo por trás em inibir o juiz de exercer a interpretação extensiva a lei, está em não mais suportar os abusos dos magistrados. Estes, antes do Revolução Francesa, eram membros da alta classe da nobreza que atuavam em favor e em conjunto com a aristocracia feudal¹⁰ (MARINONI, 2010, n. p.).

ter seu código e este deveria ser alicerçado no espírito do povo que está em seu território. Rompe-se, portanto, com a noção de um Direito de valor universal”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

⁸ “Devido a lei ser indispensável para a realização dos escopos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam sua confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive de interpretar a lei, para não a distorcer e, deste modo, frustrar os objetivos do novo Regime”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009, p. 27.

⁹ “Eis que está na essência primária do sistema jurídico de tradição *civil law*. A *civil law* nascia em torno da interpretação de uma compilação de regras jurídicas, aliada a um de seus maiores dogmas: o de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰ “Decorre daí que os juízes franceses anteriores à Revolução aplicavam a lei somente em benefício de sua própria classe, de modo a preservar o *status quo*. Havia, portanto, evidente parcialidade nas decisões tomadas, o que inutilizava as leis progressistas que vinham sendo aprovadas pelo legislativo”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico] : interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Diante disso, os Códigos, monumentos legais editados com a promessa de complexidade e coerência, ganham força. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como simples boca da lei¹¹ (PUGLIESE, 2016, n. p.).

Nos países de tradição jurídica *civil law*, como por exemplo o Brasil, o papel do magistrado era de somente aplicar a lei conforme a sua literalidade, sem poder criativo¹². Todavia, na atualidade, percebe-se que nos países de tradição romano-germânica o magistrado já não mais se restringe a ser mero boca de lei. Os desafios levados à apreciação ao Poder Judiciário, faz com que os magistrados lancem mão da interpretação extensiva à lei para se chegar à solução dos litígios.

1.3. Tradição jurídica common law

Miguel Reale esclarece de maneira sucinta que o ordenamento jurídico de tradição romanística (*civil law*), presentes nas nações latinas e germânicas, caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito¹³.

A *common law*, por sua vez, é um sistema (anglo-saxão) de direito originado na Inglaterra pela ação dos Tribunais Reais de Justiça¹⁴ (DAVID, 2002,

¹¹ “O poder de julgar nada mais era do que o dever de aplicar o texto legal aos casos levados à apreciação ao Poder Judiciário. Diante disso, o juiz não criava o direito nem interpretava as leis. É por este motivo que a figura do juiz foi retratada, à época, como ‘boca da lei’ e o judiciário, como um ‘poder nulo’. Nesse contexto, ganha força a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹² “O sistema adotado pelo Brasil, *civil law*, define que a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos. Este caráter ‘legicêntrico’ foi positivado no ordenamento jurídico pela Constituição Federal, artigo 5º, II, ao estabelecer que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Conclui-se, desta forma, que o modelo brasileiro, inserido na tradição da *civil law*, tem seu direito vinculado à produção legislativa”. (RAMIRES, 2010, p. 61, apud GALIO, 2014). Cf. GALIO, M. H. *História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas*. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

¹³ Cf. MIGUEL REALE. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

¹⁴ “Os juízes que compunham os Tribunais Reais de Justiça, os Tribunais de *Westminster* – Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*) e Tribunal do Banco do Rei (*King’s Bench*) – habitualmente reuniam-se para discutir os casos mais importantes e complexos. No início do século XV, tais

p. 347). Neste sistema, o direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisprudência do que pelo exercício abstrato e genérico do Poder legiferante. Trata-se, portanto, de um direito misto, costumeiro e jurisprudencial (REALE, 2002, p. 110).

Ante o exposto, diferentemente do sistema jurídico de tradição *civil law* que atribui importância primária as leis, ao Poder Legislativo, na *common law*, presente na Inglaterra, nos Estados Unidos e demais países de igual tradição, o Direito se caracteriza nos usos e costumes¹⁵ consagrados pelos *precedentes* firmados através das decisões dos tribunais. Refere-se, desse modo, de um Direito costumeiro-jurisprudencial (REALE, 2002, p. 86).

Traçando um paralelo entre os sistemas supramencionados, Amilcar Araújo Carneiro Júnior afirma que a *common law* é um sistema muito mais pragmático se comparado com a *civil law*, posto que, para aquele, a fonte primária do direito são os precedentes judiciais, isto é, o Direito tem por base casos já julgados, cuja decisão vincula todo e qualquer juiz, que deverá observá-los em julgamentos ulteriores¹⁶.

No mesmo palmilhar, Frederick Schauer (2009, p. 108 apud PUGLIESE, 2016, n. p.) assevera que o maior traço distintivo entre as tradições (*civil law* e *common law*) é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso em apreço

reuniões eram realizadas na Câmara *Exchequer*, para onde as Cortes enviavam os casos mais complicados. As decisões dessa Câmara gozavam de muito prestígio. Havia uma votação e a decisão, por unanimidade ou por maioria, era devolvida à Corte de origem, onde a sentença era pronunciada. Interessante que as partes não tinham o direito de optar pela decisão da Câmara, somente os juízes decidiam se os casos deveriam ou não ser discutidos na Câmara *Exchequer*". Cf. AMILCAR ARAÚJO CARNEIRO JR. *Parâmetros do Common Law para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda*. In: MENDES, Aluísio G. de Castro, et al, coord. Direito jurisprudencial, volume II [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁵ "Deste a sua gênese, a tradição *common law* tinha fontes como os costumes e os princípios, sem se vincular a um corpo rígido de normas. Como característica marcante, a tradição *common law*, em sua forma pura, é ausente de uma compilação básica de leis, isto é, não possui um código. Diante disso, os magistrados resolviam os litígios sem referência a regras escritas, decidindo os casos de acordo com as suas próprias noções de razoabilidade, costume e justiça". PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶ Cf. AMILCAR ARAÚJO CARNEIRO JR. *Parâmetros do Common Law para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda*. In: MENDES, Aluísio G. de Castro, et al, coord. Direito jurisprudencial, volume II [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

e não, com o código. Na tradição romano-germânica, os juízes dão maior ênfase à lei e buscam aplicá-la a um caso concreto. Os magistrados da *common law*, em seu turno, examinam o caso e aplicam uma fonte normativa para solucioná-lo da melhor forma possível. A ênfase, portanto, para o sistema de tradição jurídica *civil law* e *common law* está no código e no caso, respectivamente.

1.4. Tradição jurídica brasileira

Conforme já mencionado, o Brasil, por possuir ligação com Portugal¹⁷, há raiz histórica com o sistema jurídico de tradição *civil law* que prega a lei como fonte primária do Direito. Contudo, o atual papel do Poder Judiciário, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, revela a força que as decisões jurisprudenciais vêm adquirindo, de modo a vincular os julgadores aos precedentes emanados pelo próprio Poder Judiciário (art. 489, §1º, VI).

Guilherme Fortes Monteiro de Castro e Eduardo da Silva Gonçalves (2012, n. p.) afirmam que a primazia da tradição jurídica da *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro já se encontra superada, ante o advento do constitucionalismo, que prega um considerar judicial sobre a lei positivada¹⁸.

Apesar de a norma codificada ainda ser a fonte destaque do Direito brasileiro, os precedentes judiciais, fruto dos usos comuns e costumes apreciados pelo Poder Judiciário, passam também a assumir papel primário ao lado da norma.

“Muito embora se conserve o sistema jurídico da ‘Civil Law’, ao menos formalmente, tendo, as leis, grande importância jurídica, as mudanças que se sucederam o aproximaram do sistema da ‘Common Law’; pois

¹⁷ “Apura-se que os brasileiros, pelo menos das primeiras gerações de legisladores e juristas, são fruto dos ideais portugueses de compilar as regras jurídicas em uma espécie de codificação, para reformular o ensino do Direito nacional. Isso porque esses operadores do Direito foram formados em Coimbra, ambiente no qual os primeiros cursos jurídicos brasileiros refletem esta reserva oitocentista ao Direito romano”. (LOPES, 2012, apud GOMES, 2018). Cf. MARIANA MARTINS GOMES. *A máxima dos precedentes no direito brasileiro: uma fusão entre common e civil law?*. Revista Juris UniToledo. v. 03, n. 01. São Paulo, 2018, p. 190.

¹⁸ Cf. CASTRO, G. F. M.; GONÇALVES E. S.. *A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades*. Âmbito Jurídico, v. 001, p. 11647-001, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades>>. Acesso em: 29 jul. de 2019.

o Civil Law passou a incorporar características como a primazia do Direito sobre as leis, e da Justiça sobre o Direito. Isto se evidencia ante o reconhecimento de que as leis se encontram submissas ao Direito, que lhes é superior, e que, quando esta submissão não ocorrer, tais leis são nulas e desprovidas de eficácia, por não atender à sua função, que é o resguardo dos Direitos do povo e do Estado” (CASTRO; GONÇALVES, 2012, n. p.).

Nesse prisma, o controle normativo realizado pelo Poder Judiciário evidencia que o Direito pátrio apesar de ser declarado de tradição *civil law*, acaba abraçando características da tradição *common law*.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a evolução do sistema jurídico de tradição *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, concedeu ao magistrado brasileiro um poder similar ao juiz inglês submetido à tradição *common law* – poder de controlar a lei a partir da Constituição¹⁹. Assim, o juiz deixa o papel de ser um servo da lei e assume o dever de aplicar a lei na medida dos direitos positivados na Constituição²⁰.

“Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes” (MARINONI, 2009, p. 21).

¹⁹ “O ideal de completude das codificações se releva utópica. A incessante criação de normas demonstra a insuficiência dos códigos, enquanto a permanente reconstrução e os adendos aos sistemas normativos noticiam a inviabilidade de a Lei ser vista como fonte única do Direito. Ante o exposto, em razão do problema das lacunas da lei, a doutrina formulou tese abraçada pelos tribunais de que os juízes têm a competência para completar os espaços deixados pelo Poder Legiferante. Admite-se, deste modo, que os magistrados têm a possibilidade de interpretar o material legislativo para decidir casos cuja resposta não é fornecida diretamente pelo Poder Legislativo. Outra construção incorporada à tradição da *civil law* que abre o leque de possibilidade de os juízes interpretarem a lei, trata-se do controle de constitucionalidade, admitido no sistema jurídico brasileiro. O resultado dessa abertura é o aumento exponencial de poder dos juízes brasileiros”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²⁰ Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009, p. 11-58.

Diante do exposto, as decisões emanadas pelo judiciário²¹ deixaram de possuir mero valor secundário, em se tratando de fontes do Direito brasileiro. A supremacia atribuída à lei cede espaço para a *horizontalização das fontes*, de modo que a lei, o precedente e demais fontes do Direito, possuem importância de mesmo nível. Destaca-se que a *horizontalização das fontes do Direito* não se confunde com a hierarquização das normas jurídicas, proposto por Hans Kelsen.

A *horizontalização das fontes do direito* diz respeito à busca da fundamentação das decisões judiciais que na visão da presente pesquisa não requer que seja oriunda da lei, exclusivamente. A hierarquização das normas jurídicas, por sua vez, prevalece a primazia da norma constitucional diante de eventual conflito de normas.

2. FONTES DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO DE TRADIÇÃO BRASILEIRA

A maneira como o aplicador do Direito revela a solução para um caso *sub judice*, varia de acordo com o sistema de tradição jurídica que o rege. Nos países que adotam o sistema de tradição jurídica romano-germânica, consideram que a maneira de chegar às soluções de justiça, que o Direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei (DAVID, 2002, p. 119). Já para o sistema de tradição anglo-saxônico, este possui como fonte para busca das soluções de justiça, a jurisprudência (*case law*).

²¹ “No sistema nacional, o fato de o controle de constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não somente pelo tribunal constitucional, confere ao magistrado brasileiro um papel de destaque no sistema jurídico de tradição *civil law*. Essa característica, confere ao sistema jurídico pátrio uma particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2009, apud GOMES, 2018). Cf. MARIANA MARTINS GOMES. *A máxima dos precedentes no direito brasileiro: uma fusão entre common e civil law?*. Revista Juris UniToledo. v. 03, n. 01. São Paulo, 2018, p. 193.

É perceptível que os sistemas jurídicos, sejam eles de família *civil law* ou *common law*, sofreram evoluções ao longo do tempo de modo a aceitar a busca de soluções de justiça de forma diversa de sua essência. Explico: nos países que adotam a tradição jurídica romanística aceitam como fontes do Direito não somente a lei, mas também os costumes, jurisprudência etc.; do mesmo modo, as nações que aderem a tradição jurídica inglesa acolhem soluções de justiça por meio lei, e não somente por jurisprudência.

Nesse diapasão, Marinoni certifica que a técnica da codificação por si só não é responsável pela distinção entre as tradições *civil law* e *common law*. No sistema jurídico de tradição *common law* também há significativa produção legislativa. Todavia, a diferença entre as duas tradições está na importância que se atribui às leis e aos códigos em cada uma delas (MARINONI, 2009, p. 46).

Em se tratando do sistema de tradição jurídica brasileira, o qual possui estreita ligação com a tradição jurídica *civil law* que atribui ênfase às leis e, ao mesmo tempo, abarca os institutos da tradição jurídica *common law*, o juiz utilizará das diversas fontes do Direito para proferir uma decisão, de modo que não se permite a negativa do Poder Judiciário de pronunciar uma resposta ao caso em apreço, acostado na alegação de não haver resposta para o caso *sub judice* no ordenamento jurídico nacional – *non liquet*²². Diante do feito, faz-se necessário conhecer as fontes do Direito acolhidas no sistema de tradição jurídica brasileira.

Por hora, o presente escrito não possui a pretensão de esgotar todo o assunto acerca das fontes do Direito. Busca-se, neste momento, certificar que o sistema jurídico de tradição brasileira possui, em seu arcabouço, fontes do Direito de origem do sistema de tradição jurídica *civil law* e *common law*.

²² “A expressão latina ‘non liquet’ é uma abreviatura da frase ‘iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum’, que significa mais ou menos isso: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘non liquet’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida”. MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 20 out 2019.

2.1. Lei

A lei, resultado do processo de codificação, representa a forma moderna de produção do Direito Positivo. Conforme assevera Paulo Nader (2014, p. 162-163), a lei é ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses gerais e sua fonte material é representada pelos próprios fatos e valores que a sociedade oferece.

A lei prepondera como o centro gravitador do Direito para o sistema de tradição jurídica *civil law*²³ (VENOSA, 2009, p.122). Assim sendo, o jurista operador da tradição jurídica romanística, utilizará demasiadamente das leis ou códigos para a construção do raciocínio jurídico.

No sistema de tradição jurídica *common law*, em seu turno, conforme supramencionado, a lei é vista como apenas uma dentre as várias fontes do Direito. Para esta tradição anglo-saxônica²⁴, o papel da lei não se sobrepõe às demais modalidades, tais como a jurisprudência, o precedente, o costume e os princípios gerais (VENOSA, 2009, p. 122-123). Diante disso, para a tradição *common law*, em contraponto à tradição *civil law*, a lei não assume papel de destaque, de modo que as leis e os códigos são colocados em paralelo com a jurisprudência.

²³ “Essa tradição preponderou definitivamente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão do direito nacional. As outras fontes subordinam-se à lei, de forma mais ou menos acentuada. Ainda, neste nosso sistema, a posição enfatizada da lei é reforçada pela presença da codificação”. VENOSA, Silvio de Santos. *Introdução ao estudo do direito*: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 122.

²⁴ “Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Ainda quando existam códigos, e muitos desses países os têm, essas fontes são vistas como consolidações do direito consuetudinário anteriores à codificação, sendo interpretadas com base em precedentes jurisprudenciais. Nesse diapasão, o juiz inglês ou norte-americano produz, descobre, elabora o Direito, independentemente da obra do legislador, que pode apenas concorrer para sua convicção, não sendo a lei seu ponto central de raciocínio”. VENOSA, Silvio de Santos. *Introdução ao estudo do direito*: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 122-123.

No sistema jurídico de tradição brasileira, tendo em vista suas origens lusitanas que trouxe consigo a tradição jurídica *civil law*, o jurista, conforme menciona Venosa:

“(...) parte da lei para qualquer reflexão que faça para sua decisão, recorrendo às outras fontes, tais como costumes, princípios gerais, jurisprudência, analogia, equidade como complemento ou adinículo de sua convicção.” (VENOSA, 2009, p. 123).

Nesse sentido, apesar de o sistema jurídico pátrio abarcar outras fontes do Direito advindas da tradição jurídica da *common law*, a lei, ainda assim, é a primeira leitura que o operador do Direito deve fazer, de modo que a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do direito, a analogia, a doutrina, entre outras, representam fontes secundárias para a construção de seu raciocínio jurídico.

Por fim, cumpre destacar que o cultivo à importância da lei está registrado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição quanto em suas normas supralegais. Na Carta Magna de 1988, o princípio da legalidade está previsto no art.5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para completar o raciocínio do Diploma Maior, a norma contida no art. 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, prevê que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

2.2. Costume

Venosa (2009, p. 124) certifica que nas sociedades primitivas, antes da existência da escrita, as normas se traduziam pelas reiteradas práticas que se entranhavam no espírito social e passavam a ser entendidas como obrigatórias ou normativas. Diante disso, o uso repetitivo de uma prática integra o costume e posteriormente poderá ser convertido em lei escrita.

Dada a impossibilidade de a lei predeterminar todas as condutas e os fenômenos sociais, os costumes assumem o papel significativo no âmbito do Direito. No contexto nacional, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê em seu art. 4º que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes²⁵ e os princípios gerais de direito*. Diante da narrativa, percebe que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe os costumes para se chegar à solução de um dado conflito *sub judice*.

Gustavo Felipe Barbosa Garcia menciona que

(...) o costume é a norma jurídica que resulta da prática uniforme, geral e reiterada de certo comportamento, com a convicção de que corresponde a uma **necessidade jurídica e social** (GARCIA, 2015, p. 76). (grifo nosso).

No mesmo sentido, Venosa (2009, p. 125-126) adverte que nem todas as práticas reiteradas serão necessariamente consideradas costumes para o âmbito do Direito. Assim sendo, a repetição de comportamentos possuirá *status* de costume quando se tornar obrigatória na consciência social²⁶.

Nesse diapasão, o costume surge da consciência coletiva e exige-se que ele tenha amplitude, ou seja, que seja geral, largamente disseminado na sociedade²⁷

²⁵ A doutrina costuma classificar os costumes em três espécies, quais sejam: (i) *secundum legem* – quando o costume está previsto em lei e esta reconhece a sua força obrigacional; (ii) *praeter legem* – o costume tem caráter supletivo, podendo ser utilizado quando a lei for omissa – este é o caso do art. 4º da LINDB; e (iii) *contra legem* – o costume se apresenta em sentido contrário ao previsto na lei. Cf. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 77; VENOSA, Silvio de Santos. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 126; NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

²⁶ Um exemplo clássico de costume nacional que se tornou obrigatório a obediência é acerca do cheque pré-datado. Segundo a Lei 7.357/85, a norma contida no art. 32, dispõe que o cheque é pagável à vista e considera-se não-estrita qualquer menção em contrário. Diante disso, o legislador ordena que a emissão de cheques sejam todas elas emitidas com pagamento à vista. Contudo, com o passar do tempo, reiteradas práticas de pactuação de pré-datar cheques tornou-se costume, possuindo força obrigacional na consciência social. Doravante, a partir do costume de pré-datar o cheque, o pacto formado entre as partes gera força obrigacional entre eles, face ao princípio da boa-fé objetiva, de modo que não podem se comportar de maneira diversa ao acordado. Para corroborar tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 370 reconhecendo que *caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado*.

²⁷ “Para que se converta em fonte do Direito, dois requisitos são enunciados como imprescindíveis ao costume: um de ordem objetiva ou material, o corpus, qual seja, o uso continuado, a exterioridade, a percepção tangível de uma prática ou conduta; outro de ordem subjetiva ou imaterial, o animus, a consciência coletiva de obrigatoriedade

(VENOSA, 2009, p. 126). Para corroborar este entendimento, Paulo Nader (2014, p. 171) conceitua que *o Direito costumeiro pode ser definido como conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.*

Diante da narrativa dos autores supracitados, podemos concluir que as práticas espontâneas, reiteradas, uniformes e gerais, assumirão o *status* de costumes quando elas forem reconhecidas como necessárias para o meio social e para o mundo jurídico e, além disso, possuir caráter obrigatório de aceitação.

2.3. Princípios Gerais do Direito

Nas palavras do notável doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (MELLO, 2008, p. 53).

Para Bandeira de Mello (2008, p. 53) a violação a um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma: implica ofensa não apenas a um sistema específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. Ante ao exposto, apesar de a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro versar em seu art. 4º que o juiz decidira o caso de acordo com os princípios gerais do Direito quando a lei for omissa, percebe-se que os princípios assumem papel de destaque bem maior do que simples caráter secundário aludido pelo legislador²⁸.

da prática. Este último requisito é o aspecto distintivo do uso e de outras práticas reiteradas, como as religiosas ou morais”. VENOSA, Silvio de Santos. *Introdução ao estudo do direito*: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 126.

²⁸ Para Paulo Nader (2003, p. 193, apud VENOSA, 2009, p. 141) apesar de o legislador se referir ao juiz nessa hipótese, na realidade está se referindo à sociedade em geral. Os princípios gerais de direito são, em última

Nesse diapasão, Miguel Reale (2002, p. 217) adverte que aos princípios não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. Para o autor, a função dos princípios gerais é bem mais ampla: são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas²⁹.

O sistema jurídico de tradição brasileira, portanto, reconhece os princípios como fontes que ocupam posições de destaque ao lado das leis, de modo que não há de se falar que aqueles ocupam mero papel secundário, possuindo aplicação subsidiária.

2.4. Jurisprudência

A jurisprudência pode ser definida como um conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de litígios, envolvendo casos semelhantes (DINIZ, 2008, p. 295, apud GARCIA, 2015, p. 78). Nesse mesmo pensamento, certifica Miguel Reale:

“Pela palavra ‘jurisprudência’ (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 2002, p. 128).

Ressalta-se que apesar de a jurisprudência possuir certo dever de estabilidade com o intuito de respeitar a segurança jurídica, isso não significa, contudo, a sua completa estagnação e a impossibilidade de evolução do

instância, uma regra de convivência. Também são referidos simplesmente como princípios fundamentais ou denominações similares. Cf. Silvio de Santos Venosa. *Introdução ao estudo do direito*: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 141.

²⁹ “Alguns dos princípios se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc.”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218-219.

entendimento jurisprudencial, o qual deve acompanhar a evolução social e jurisprudencial³⁰ (GARCIA, 2015, p. 79).

Vale ressaltar que a os tribunais ainda aprovam súmulas, enunciando de maneira sucinta o entendimento já firmado sobre certo assunto (matéria), após terem sido objeto de decisões reiteradas (DINIZ, 2008, *apud* GARCIA, 2015, p. 79). As súmulas, portanto, representam o resultado da uniformização da jurisprudência:

“A súmula, enunciado que **resume uma tendência** sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal, constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a certa maneira de decidir”. (DINIZ, 2009, p. 301).

A jurisprudência, portanto, para a sua formação, exige a existência de uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. É necessário, portanto, de um certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento (REALE, 2002, p. 128).

Reitera que no sistema de tradição jurídica anglo-saxônico, o uso, os costumes e a jurisprudência assumem papel de destaque face à lei, possuidora de caráter genérico e abstrato. No sistema de tradição jurídica brasileiro, por sua vez, a *case law* (jurisprudência) ganha significativa notoriedade ao longo do tempo, sobretudo com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a qual admitiu o Supremo Tribunal Federal editar súmulas de caráter vinculante que subordinam os tribunais inferiores ao Pretório Excelso à seguir o entendimento editado nas súmulas vinculantes.

³⁰ “Exige-se, portanto, que a jurisprudência tenha integridade, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em harmonia com o sistema jurídico e atender à necessidade de coerência. Diante disso, questões iguais devem ser tratadas e decididas com isonomia substancial, aplicando-se a mesma tese aos casos que envolvam idêntica questão jurídica, como forma de concretização da justiça”. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 79.

2.5. Precedentes

Uma das principais inovações trazidas no âmbito nacional, pelo Código de Processo Civil de 2015, foram os precedentes judiciais obrigatórios. Estudá-lo é substancial para dirimir o equívoco em equipará-lo à jurisprudência. Em suma, o vocábulo jurisprudência é um conjunto de múltiplas decisões contemporâneas. Os precedentes, sem seu turno, “*correspondem a uma decisão que impõe a regra para o caso concreto decidido, decisão esta que pode se tornar regra também para futuros casos análogos ao que lhe deu origem*” (CIMARDI, 2015, n. p.) (grifo nosso).

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. assevera:

“Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR. et. at. 2015, p. 441) (grifo nosso).

O precedente judicial, conforme citado no capítulo anterior, tem origem do sistema *common law* e o seu estudo é incumbido à doutrina do *stare decisis*, contração da expressão “*stare decisis et non quieta movere*”, correspondendo à determinação de se manter a decisão e não se molestar o que foi decidido (TUCCI, 2004, p. 160, apud FOGAÇA et. al. 2015, p. 511).

José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12, apud DIDIER JR. et. al., 2015, p. 441) atesta que todo precedente é composto de duas partes distintas, quais sejam: (i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e (ii) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*³¹) do provimento decisório.

³¹ A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holdins* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. Cf. Fredie Didier Jr. et. al. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 10. ed.. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 442.

Ante o exposto, conclui-se que o precedente resulta de uma decisão judicial proferida para a solução de um caso e, em respeito ao seu elemento normativo (*ratio decidendi*), tornar-se-á paradigma para casos semelhantes, cuja resposta imposta como regra deve ser respeitada (*stare decisis*)³².

A discursão acerca dos elementos constitutivos dos precedentes será aprofundada mais adiante. Por ora, importa obter esse conhecimento prévio do que seja precedente a fim de liquidar o equívoco em igualá-lo à jurisprudência, súmulas, ou qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário.

3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL

O sistema jurídico de tradição brasileira, entre suas diversas características, é marcado no século XXI, por uma inflexão: as atenções são voltadas, agora, para o Poder Judiciário, em contraponto à velha tradição de os operadores do Direito palmilhar todos os caminhos do Poder Legislativo. Esse papel de destaque do julgador, em detrimento do legiferante, vem causando diversas discussões no meio acadêmico. Dos diversos fóruns, situo neste capítulo o debate acerca do ativismo judicial.

Conforme mencionado no Capítulo I, os juízes, no surgimento do sistema jurídico de tradição *civil law*, assumiam o posto de meros “boca de lei”³³, diante das restrições impostas pelo novo sistema ao exercício do papel de intérprete das leis. No sistema jurídico de tradição brasileira, por sua vez, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, a realidade é outra. A nova doutrina

³² Mateus Vargas Fogaça e Marcos Vargas Fogaça afirmam que daí decorre a ideia segundo a qual o juiz ou tribunal deverá observar e seguir os precedentes que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Cf. Mateus Vargas Fogaça e Marcos Vargas Fogaça. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil* - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p509. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso), p. 509-533, 2016.

³³ “A partir da tripartição dos poderes outorgou-se ao legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de la bouche de la loi, exercendo um poder nulo” (MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 34-36).

constitucionalista, o neoconstitucionalismo, exige do aplicador do Direito (juízes, promotores/procuradores, advogados, acadêmicos etc.) um papel mais ativo: interpretação da lei de modo a efetivar a justiça.

Definir o que seja “ativismo judicial” é uma tarefa hercúlea. Carlos Alexandre de Azevedo Campos compreende ativismo judicial como

“o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte dos juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias” (CAMPOS, 2012, p. 335).

Na mesma perspectiva, Edival da Silva Ramos assevera

“por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (RAMOS, 2015, n. p.).

Apesar da crítica feita no final do trecho supra, ao supor que o Poder Judiciário, ao comportar de maneira ativista, acaba por usurpar as funções do Poder legislativo³⁴, o autor reconhece outrora que o ativismo judicial proporciona

“adaptação do Direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados” (RAMOS, 2015, n. p.).

³⁴ Em outro momento o autor afirma até mesmo em “*exacerbação no exercício da função judicante*”. Cf. RAMOS, Edival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 129.

Raquel Botelho Santoro (2014, p. 96) afirma que o ativismo pressupõe a existência de liberdade de interpretação dos juízes na aplicação das normas (regras e princípios) e, principalmente, onde ele é mais observado: na concretização das normas constitucionais³⁵.

O presente trabalho não tem o propósito de aprofundar em discussões filosóficas acerca das benesses e malefícios do comportamento ativista do Poder Judiciário, mas tão somente analisar a perspectiva do papel ativo dos juízes e tribunais nos diversos sistemas jurídicos, conforme será visto a seguir.

3.1. Ativismo e Direito Comparado

Elival da Silva Ramos, em sua obra “*Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*”, dedica a Seção III de sua obra para discutir acerca do “Ativismo e o Direito Comparado”.

Para o autor, o fenômeno do ativismo judicial será percebido diferentemente de acordo com cada sistema jurídica. Para o sistema jurídico de tradição brasileira, que possui mais afinidade com a tradição *civil law*, o ativismo judicial se reporta a uma disfunção exercida pelo Poder Judiciário, em detrimento da função legiferante (RAMOS, 2015, n. p.). O termo “disfunção” é utilizado pelo fato de o sistema jurídico de tradição romanística inexistir uma atuação aproximada do juiz e do legislador na produção de normas jurídicas, como ocorre na tradição *common law*:

“A capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detêm, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de

³⁵ SANTORO, R. B. . *O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa*. Observatório da Jurisdição Constitucional. 2014.

precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado” (RAMOS, 2015, n. p.).

No trecho supra, o autor evidencia a capacidade dos juízes e tribunais, vinculados ao sistema de tradição *common law*, de exercerem a função normativa que ultrapassa ao caso *sub judice*. Ante o exposto, é mais difícil detectar o papel ativista do juiz nesse sistema jurídico, tendo em vista a liberdade que julgador possui.

No sistema jurídico de tradição brasileira, através de seu processo de horizontalização das fontes do Direito, acaba por vivenciar essa atuação aproximada do juiz e do legislador na produção de normas jurídicas, antes inadmissível. Esse assunto foi objeto de discussão na dissertação do Carlos Alexandre de Azevedo Campos, conforme será discutido adiante.

3.2. Ativismo Judicial e criação “Legislativa”

Campos (2012, p. 154) certifica que o ativismo judicial é também utilizado no sentido de que as cortes assumem competências legislativas reservadas, em um primeiro momento pela Constituição, aos outros poderes, em especial, ao Legislativo. Um exemplo claro dessa competência legiferante atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal é por meio do Mandado de Injunção, prevista no art. 5º, LXXI³⁶. Diante disso, nos casos em que a omissão ou morosidade do Poder Legislativo obstrua o exercício os direitos e liberdades constitucionais, cabe ao Poder Judiciário intervir de modo a criar uma “regra” *erga omnes*, até o surgimento de uma norma emanada pelo Poder Legiferante.

³⁶ LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Campos (2012, p. 154) destaca a mudança de papel do juiz constitucional: de legislador negativo (o que realiza o simples controle de constitucionalidade das normas) para legislador positivo (de criação judicial do Direito). Nesse novo papel, “*o tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem*” (CAMPOS, 2012, p. 259).

Diante da narrativa proposta por Campos, percebe-se que a atuação meramente passiva do Poder Judiciário, isto é, a famosa “boca de lei”, conforme citado no Capítulo I, já não se aplica na conjuntura atual. As inquietações acerca do comportamento ativista do Poder Judiciário são motivadas por ausência de fronteiras que delimitam o alcance do ativismo judicial no sistema jurídico de tradição brasileira. Apesar do movimento de *horizontalização das fontes do Direito* no ordenamento jurídico nacional, é perceptível que ainda possuímos mais familiaridade com o sistema *civil law*, que privilegia a atuação do Legislativo na regulamentação de condutas sociais.

Por fim, há de reconhecer que os precedentes judiciais são frutos do exercício do juiz positivo (legislador positivo) que cria uma norma ao caso *sub judice* e vincula todos os demais casos semelhantes ou iguais à mesma norma. Essa criação judicial do Direito manifesta, de maneira clara, o avanço do ativismo judicial no sistema jurídico de tradição brasileira. Diante disso, o protagonismo do Poder Judiciário, vivenciado na atualidade, é resultado do processo paulatino de inserção de mais características do sistema jurídico de tradição *common law* no ordenamento jurídico nacional.

4. PRECEDENTES: SEGURANÇA JURÍDICA OU FERRAMENTA DE OTIMIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO?

Consoante ao Capítulo anterior (III), o precedente judicial além de criar, pelo Poder Judiciário, uma norma ao caso *sub judice*, acaba por vincular todos demais casos semelhantes ou iguais à mesma norma. A força normativa dos precedentes judiciais, no sistema jurídico de tradição brasileira, sobreveio com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, especialmente na norma contida no art. 489, §1º, VI. Diante disso, o presente Capítulo terá por objetivo discutir a efetividade dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional, de modo a avaliar se eles têm por objetivo garantir a segurança jurídica; ou servir apenas de ferramenta para otimizar a administração do poder judiciário.

Conforme citado no Capítulo II, o precedente é estudado pela doutrina do *stare decisis*, que significa “mantenha-se a decisão e não se molesta o que foi decidido”. Luiz Guilherme Marinoni (2016, n. p.) considera que o *stare decisis* contribui notavelmente para a previsibilidade no sistema *common law*: a manutenção da decisão para um caso já apreciado pelo Poder Judiciário, possibilita prevê qual será a resposta para os casos semelhantes ou iguais levados, futuramente, à apreciação àquele poder.

Além da previsibilidade, Marinoni em sua obra “*A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*” dedica-se no Capítulo IV para descrever a “justificativa de um sistema de precedentes”, quais sejam: unidade e desenvolvimento do direito; clareza e generalidade; promoção à igualdade; fortalecimento institucional; limitação do poder do Estado; respeito ao Direito e responsabilidade pessoal; racionalidade econômica e a segurança jurídica³⁷.

³⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* [livro eletrônico] : justificativa do novo CPC. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, não paginada. Em outra obra sua, “Precedentes Obrigatórios”, Marinoni também frisa a segurança jurídica e a previsibilidade como justificativas em se respeitar os precedentes judiciais. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2016, não paginada.

No que diz respeito à unidade, esta reveste ao precedente um caráter de autoridade. Além disso, a unidade do Direito, nas palavras de Marinoni, “*é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares*” (MARINONI, 2016, n. p.). A unidade, portanto, garante clareza aos precedentes.

4.1. Precedentes – Segurança Jurídica

No tocante à segurança jurídica que os precedentes judiciais proporcionam, compreende que os casos iguais devem receber respostas iguais do Poder Judiciário. Ainda, a necessidade de manutenção do entendimento (manutenção, e não engessamento), resguarda os demais princípios constitucionais supracitados: isonomia, motivação das decisões, contraditório etc. Nas palavras de Evan H. Caminker (1994, apud MARINONI, 2016, n. p.) “*a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável*”.

De acordo com Marinoni (2016, n. p.), o sistema *common law*, de onde se originam os precedentes, confere maior segurança jurídica do que o sistema *civil law*, tendo em vista que na *common law* o operador do Direito focaliza na previsibilidade das decisões judiciais, e não das leis, como o faz no *civil law*. Diante desse contexto:

“O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado, porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não” (sic.) (MARINONI, 2016, n. p.).

Percebe-se, portanto, que os precedentes judiciais têm por objetivo, em sua essência, a garantia da segurança jurídica³⁸, de modo a unificar o entendimento aos casos iguais ou semelhantes, através de sua vinculação vertical³⁹, isto é, por meio de sua incidência sobre os juízes e tribunais que lhes são inferiores⁴⁰. Além disso, conforme supra, deve-se considerar a previsibilidade que os precedentes propiciam, garantindo, assim, o afastamento de respostas distintas para casos iguais ou semelhantes, ressalvadas as peculiaridades analisadas concretamente em cada caso, que faz com que se diferencie dos demais e, por isso, receba resposta distinta.

Nesse diapasão, William Soares Pugliese em sua obra “*Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*”, dedica-se ao capítulo II para tratar das razões para seguir os precedentes, quais sejam: economia processual; duração razoável do processo; maior legitimidade do Poder Judiciário; uniformidade de interpretação e aplicação do Direito; previsibilidade; isonomia⁴¹.

Todavia, há correntes que afirmam a deficiência na construção dos precedentes judiciais no sistema de tradição jurídica brasileira que impossibilitam a manutenção da segurança jurídica. Conforme será discutido a seguir, a construção dos precedentes judiciais possui, em seu interior, um elemento de

³⁸ Consoante à lição de Márcio Bellocchi, “*o precedente nasce com o propósito de tratar casos difíceis e novos, de forma igual, repita-se, com vistas a se garantir a isonomia e a segurança jurídica*”. BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.

³⁹ Márcio Bellocchi, além de citar a função vinculante dos precedentes em dimensão vertical (obrigatoriedade de respeito, pelas cortes inferiores, ao conteúdo das decisões proferidas pelas cortes superiores), pontua dimensão horizontal de vinculação dos precedentes: as cortes estarem obrigadas a manter a coerência das decisões por elas próprias proferidas anteriormente. BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.

⁴⁰ Nessa perspectiva, de acordo com Marinoni, “Os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. Alude-se, neste sentido, à eficácia vertical dos precedentes”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2016, não paginada.

⁴¹ Cf. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico] : interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

insinua importância que necessita estar claro aos operadores do Direito: *ratio decidendi*.

4.2. Precedentes – ferramenta de otimização da administração do poder judiciário

4.2.1. Construção de um precedente

Conforme já massificado, os precedentes judiciais correspondem a uma decisão que impõe regra ao caso *sub judice*, regra esta que possui potencial de ser replicada aos futuros casos análogos ao que lhe deu origem (CIMARD, 2015, n. p.). Deste modo, é justamente essa “regra” (*ratio decidendi*) construída nos precedentes que se vinculam aos demais casos iguais ou semelhantes.

Nas palavras de Marinoni (2016, n. p.), “*a ratio decidendi expressa a tese jurídica que qualifica a decisão*”. Nesse mesmo sentido, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave certifica que

“(…) no sistema precedentalista o que vincula não é o dispositivo da decisão, mas sim a *ratio decidendi*, que nada mais é do que os motivos que levaram aquela decisão a ser adotada daquela maneira (motivos determinantes), ou seja, aquelas razões que, caso não estivessem presentes, ensejariam o julgamento de maneira diversa. ‘*Ratio decidendi*’ ou ‘*holding*’, é a tese utilizada na sentença para subsidiar a decisão proferida naquele determinado sentido” (PRESGRAVE, 2017, n. p.).

Ante o exposto, a construção dos precedentes judiciais se dá por meio da fixação do *holding* (*ratio decidendi*). A razão de decidir, *ratio*, “*é a norma que se extrai do julgado*” (BELLOCCHI, 2017, n. p.):

“A *ratio decidendi* é, exatamente, o que dá ao precedente essa sua específica característica/natureza, sob o enfoque jurídico, uma vez que é ela o elemento constante do precedente que será utilizado como base do julgamento, de forma idêntica, no caso subsequente” (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

No mesmo sentido, segundo Fredie Didier Jr.

“A eficácia do precedente, porém, recai sobre a *ratio decidendi*, que se encontra na fundamentação da decisão; ela é norma jurídica geral construída pelo órgão jurisdicional e da qual se extrai a norma individual objeto do dispositivo; exatamente por ser geral, pode ser aplicada em outras situações semelhantes; por isso, a eficácia do precedente é sempre *erga omnes*” (DIDIER JR, 2008, p. 43).

Márcio Bellocchi (2017, n. p.) certifica que a autoridade julgadora do caso posterior tomará com base em sua decisão a *ratio decidendi* constante no precedente, ou seja, o julgador estará vinculado somente a este elemento (*ratio*), e não ao o inteiro teor de um precedente⁴². Ainda, Bellocchi adverte que não devemos confundir *ratio decidendi* com o *obter dicta*. “Esta última consistente no trecho do precedente que, muito embora componha parte do fundamento do decisório, não possui a característica de vinculação⁴³ (*non binding*), em relação ao caso subjacente” (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

4.2.2. Precedentes no sistema de tradição jurídica *common law* e *civil law*

Reitera-se que no sistema de tradição jurídica *common law* a construção das normas se dá por meio do exercício do Poder Judiciário. É justamente nesse sistema jurídico que os precedentes surgiram como norma, através da doutrina do *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*) “mantenha-se a decisão e não se molesta o que foi decidido”.

⁴² “É, exatamente, o comando da decisão cuja aplicação será de caráter obrigatório em caso subsequente em que se discuta uma mesma questão jurídica”. Cf. BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.

⁴³ O autor elucida que a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obter dicta* se faz necessária, ultrapassando, assim, mera questão acadêmica de conceituação, vez que é exatamente essa diferença que determina aquilo que é vinculante no precedente e aquilo que não é. Cf. BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.

O surgimento dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de tradição *civil law* seguiu caminho diverso do sistema *common law*. Explico: no decorrer da história dos países que adotaram a tradição jurídico que privilegia as leis (*civil law*), percebeu que as normas não eram capazes de prevê todas as situações a serem reguladas. Diante dessa situação, o poder legiferante, diante dos efeitos da ausência de flexibilidade da lei e da impossibilidade de previsão nela expressa de todos os fatos jurisdicionizáveis, paulatinamente acaba por adotar na produção das normas a utilização de conceitos vagos e cláusulas gerais⁴⁴ (BELLOCCHI, 2017, n. p.):

“São enunciados normativos dotados de razoável extensão, aos quais se aplica uma gama generalizada de fatos sociais e caracterizados por um elevado teor valorativo e que, na maior parte das vezes, se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados (conceitos vagos – por exemplo: estado de perigo, justa causa)” (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

Nesse diapasão, a presença de termos vagos possibilitou ao aplicador do Direito certa margem de interpretação da norma, possibilitando, deste modo, a inserção do juízo de valor por parte da autoridade judicante. Diante dessa situação, “à autoridade judicante cabe criar, complementar ou desenvolver uma norma individual e específica, com base na metanorma que lhe confere mandato a tanto” (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

Após a detecção, pelo Poder Judiciário, de que a norma, construída e aplicada à determinado caso individual, poderia ser replicada aos demais casos iguais ou semelhantes, sentiu-se a necessidade de adoção dos precedentes no sistema jurídico de tradição *civil law*.

⁴⁴ “As cláusulas gerais, por sua vez, são normas enunciadas pelo legislador com conteúdo propositadamente indeterminado (boa-fé, função social do contrato, enriquecimento sem causa), carregadas de conteúdo axiológico (...) O objetivo das cláusulas gerais é dotar o sistema de normas com a característica de mobilidade, propiciando abertura ao ordenamento jurídico em vista das constantes e rápidas mudanças sociais, econômicas, culturais e morais, não só em função do tempo mas também do espaço. É adaptar o direito ao dinamismo das relações sociais”. (BELLOCCHI, Márcio. Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada).

Lucas Buril de Macêdo (2017, p. 66) certifica que

“No direito brasileiro, diversos dispositivos vinham corroborando para a construção de um sistema de precedentes vinculantes – aproximando-o ainda mais do *common law*. Para este efeito, cita-se: o julgamento liminar pela improcedência em causas repetitivas (art. 285-A do CPC/73); a possibilidade de o relator negar seguimento ou dar provimento a recurso, quando o recurso for contrário ou conforme, respectivamente, a súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (art. 557 do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência; a súmula vinculante (CF/88, art. 103-A); a reclamação contra decisão ou ato administrativo contrário a súmula vinculante; a eficácia vinculante das decisões em Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental” (MACEDO, 2017, p. 66).

Por outro lado, conforme será verificado adiante, no sistema jurídico de tradição brasileira, a adoção dos precedentes judiciais acaba por evidenciar um papel principal de otimizador da administração do poder judiciário em detrimento de sua função de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade nas decisões tomadas pelo judiciário.

4.2.3. Precedentes no sistema jurídico de tradição brasileira: ferramenta de otimização

A construção deficitária dos precedentes (leia-se: ausência clara da *ratio decidendi*) no sistema jurídico de tradição brasileira, parece-nos que a intenção de sua adoção, ao ordenamento jurídico nacional, não objetivou, a princípio, a garantia da segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, mas sim, a de otimizar a administração do Poder Judiciário. Este é o entendimento de Márcio Bellocchi:

“No caso do Brasil, a intenção (de observar a figura dos precedentes obrigatórios) parece-nos foi, muito mais, a de diminuir o volume de trabalho do Judiciário por meio da aplicação da teoria dos precedentes

aos casos de massa, assim como evitar a repetição de discussões de mesma natureza” (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

É notório que o Poder Judiciário nacional vivencia a cultura do litígio. Diante da alta demanda ao judiciário, este, aparentemente, acaba por sofrer uma inflexão em seu foco: de manter a previsibilidade e a segurança jurídica do Direito por meio de suas decisões pretéritas; para otimizar a resolução de casos *sub judice*, proferindo respostas padrões às questões iguais ou semelhantes.

Nas palavras de Bellocchi (2017, n. p.), o sistema de precedentes inseridos no sistema jurídico de tradição brasileira consiste, além de sua referência obrigatória, na tentativa de se controlar o caos que se instalou na jurisprudência por força do infindável número de ações repetidas, inúmeras delas com objeto idêntico. Isto é, a jurisprudência, representada por uma coleção de decisões proferidas no mesmo sentido, é suscetível de mudança⁴⁵ de posicionamento repentino, diferentemente dos precedentes judiciais que garantem uma maior previsibilidade das decisões.

Antes do Código de Processo Civil de 2015, não havia nenhuma regra que obrigasse os juízes a seguirem os precedentes emanados pelos tribunais. Contudo, com a vigência do CPC de 2015, a norma contida no art. 489, §1º VI, faz com que os juízes se vinculem aos precedentes proferidos pelos superiores hierárquicos. Diante disso, surgem críticas acerca da mitigação do papel dos juízes com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Hugo Nigro Mazzilli adverte que

“Nos últimos tempos, muitos juízes, mesmo dos mais altos tribunais, vêm criando normas jurídicas como se legisladores fossem, com base em seus entendimentos absolutamente pessoais de justiça. O problema

⁴⁵ “Como consequências da, ainda, não uniformidade e dispersão da jurisprudência de nossos Tribunais temos, como exemplos, a nosso ver, os mais relevantes: a desagregação – comprometimento da forma sistemática do Direito; o desrespeito à isonomia; a ausência de previsibilidade da postura do Judiciário a respeito de uma mesma matéria ventilada em ocasiões diferentes; a insegurança jurídica” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada).

tende a agravar-se, pois, segundo o novo Código de Processo Civil (CPC), os juízes e tribunais deverão observar os precedentes, que são decisões que servem de parâmetro para casos análogos” (MAZZILLI, 2017, p. 21).

Luiz Guilherme Marinoni, em seu escrito “*Precedentes obrigatórios*” aponta as justificativas contrárias à força obrigatória dos precedentes: obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais; óbice à realização da isonomia substancial; violação do princípio da separação dos poderes; violação da independência dos juízes; violação do juiz natural; e violação da garantia de acesso à justiça⁴⁶.

Ainda, o jurista William Soares Pugliese também cita os argumentos de correntes contrárias à adoção do sistema de precedentes, quais sejam: possível mitigação à autonomia dos juízes e da independência funcional; intimidação à possibilidade de divergência judicial para estimular a reforma do Direito; e engessamento⁴⁷. Em relação a este último, engessamento, conforme se verá adiante, é refutável, vez que o sistema de precedentes permite a superação da *ratio decidendi* através de algumas técnicas.

Diante da narrativa supra, é notório que o sistema de precedentes possui diversas benesses para o Poder Judiciário, sobretudo a segurança jurídica. Todavia, a construção deficitária dos precedentes (sem demonstração clara da *ratio decidendi*, para que os juristas possam separá-la do *obiter dicta* e assim, possibilitá-los de aplicar as técnicas de superação) faz com que surgem críticas a eles. Ainda, Pedro Henrique Reschke (2018) afirma que os precedentes construídos em terra brasilis a partir do sistema jurídico de tradição brasileira, e

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2016, não paginada.

⁴⁷ PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico] : interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, não paginada.

para o sistema, não podem ser justificados pelas mesmas razões que levaram os juízes da Inglaterra do século XII a respeitar as decisões pretéritas⁴⁸.

“(…) nos contentaremos com um “sistema de precedentes” voltado não à construção do direito com integridade e coerência interna, mas como mera técnica de julgamento de casos repetitivos, que afoga as peculiaridades de cada caso concreto e, junto com elas, o próprio direito.”

(…)

“A real diferença reside no método. Os provimentos vinculantes no direito brasileiro se estruturam como enunciados normativos. Não há preocupação com as razões que levaram o juiz a tomar determinada decisão, nem com os princípios jurídicos que o orientaram, mas apenas com o resultado final do julgamento, traduzido – pelo próprio julgador – num enunciado geral e abstrato, nos moldes de uma norma.”

(…)

“Enquanto isso, a aplicação dos precedentes no common law é argumentativa: o que vincula os casos subsequentes não é uma regra geral anunciada pelo juiz do precedente, mas a razão fundamental de decidir (ratio decidendi), que cabe ao julgador do caso futuro extrair. Assim, tal aplicação é necessariamente prática e argumentativa: ao juiz não basta aplicar uma resposta pré-moldada, mas sim estudar os princípios que orientaram a decisão anterior e aplicá-los, de forma coerente, ao caso atual.” (RESCHKE, 2018, n. p.).

Reschke afirma ainda que o Direito (leia-se: precedentes) não pode servir tão somente para solucionar os problemas do judiciário; a administração da justiça não pode se transformar num fim em si própria. Os precedentes são trabalhados no sistema jurídico de tradição brasileira da mesma forma que se trabalham com as leis: “*esperando, no fundo, que a aplicação do precedente se dê por mera subsunção*” (RESCHKE, 2018, n. p.).

⁴⁸ RESCHKE, P. H. . Por que o Brasil não está caminhando para o common law, e por que isso importa. Disponível em: <http://melloesouza.adv.br/2018/05/03/por-que-o-brasil-nao-esta-caminhando-para-o-common-law-e-por-que-isso-importa/#_ftn32>. Acesso em: 13.09.2019.

5. MÉTODOS DE SUPERAÇÃO AO PRECEDENTE

Uma das críticas feita à teoria dos precedentes é o possível engessamento do ordenamento jurídico. *Data vênia* aos que defendem essa ideia, o presente capítulo irá expor alguns métodos de superação dos precedentes (*ratio decidendi*), permitidos pela doutrina do *stare decisis*, motivo pelo qual não há que se afirmar em impedimento ao desenvolvimento do Direito com a adoção dos precedentes no sistema jurídico de tradição brasileira.

Entretanto, adverte-se que a técnica de superação dos precedentes não é um tema amadurecido no meio acadêmico nacional e no judiciário brasileiro. Um dos motivos por não estudar de maneira apurada os métodos de superação dos precedentes, está na deficiência na construção da *ratio decidendi*. Sem uma construção clara das razões de decidir, fica inviável ao operador do Direito aplicar as técnicas que serão expostas a seguir.

5.1. Distinguishing

Já massificado o entendimento, compreende-se que os precedentes são resultado da fixação da *ratio decidendi*: construção de uma “regra” a ser aplicada ao caso *sub judice*, cuja razão de decidir será replicada aos casos futuros iguais ou semelhantes. Todavia, pode haver a possibilidade de um caso futuro possuir apenas uma *aparência* de igualdade ou semelhança ao caso objeto de fixação do precedente. Nessa situação, percebe-se a existência de um elemento diferenciador: *distinguishing*.

No sistema jurídico de tradição *common law*, compreende-se por *distinguishing* a negativa do órgão julgador em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, tendo em vista as peculiaridades do caso presente (FREIRE, 2017, n. p.). Diante disso, o elemento diferenciador

autoriza o julgador a, ao detectar a distinção entre os casos, deixar de aplicar a razão de decidir do precedente àquela específica hipótese (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

Lucas Buril Macedo (2015, p. 356, apud NUNES; HORTA, 2016, p. 311), certificam que é possível classificar a técnica da distinção tomando por base um sentido amplo e ou estrito: em sentido amplo, consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogia se manifesta; em sentido estrito, por sua vez, refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar os casos, afastando-se, desse modo, a aplicação de determinado precedente⁴⁹.

A norma contida no art. 489, §1º, inciso VI, certifica que

“não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que 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” (grifo nosso).

Percebe-se que o legislador infraconstitucional fixa a hipótese de não incidência do precedente ao caso *sub judice*, mas desde que seja demonstrado a existência de distinção aos casos aparentemente iguais ou semelhantes.

Ante o exposto, diferentemente da ideia sustentada por alguns autores de que os precedentes implicaria no engessamento do ordenamento jurídico e, em consequência disso, no impedimento ao desenvolvimento do Direito, o *distinguishing* exerce um papel fundamental no resgate do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa, refreando os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada de precedentes judiciais para a solução de casos concretos (BARREIOS, 2016, p. 195).

⁴⁹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: *Precedentes*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. ... [et al.]. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 311.

5.2. Overruling e Transformation

Compreende-se por *overruling* a superação do precedente quando as razões de decidir (*ratio decidendi*) daquela decisão já não se coadunam com a realidade atual (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016, p. 513). Trata-se, portanto, de alteração do entendimento adotado na decisão emanada da Corte Inferior, pela Corte Superior: aquilo que foi um precedente deixa de ser, mediatamente quando a Corte Superior altera o entendimento adotado na decisão precedente (BELLOCCHI, 2017, n. p.).

“O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica” (EISENBERG, 1991, p. 104-105, apud MITIDEIRO, 2017, n. p.).

Diferentemente do *distinguishing* (que a sua não incidência ao caso presente não implica no abandono da *ratio decidendi* – regra – do precedente), na ocorrência do *overruling* incide uma superação das razões de decidir, motivo pelo qual abandona-se a *ratio* fixada outrora para seguir ao novo entendimento fixado.

Diante disso, conclui-se que a técnica do *overruling* resulta na superação do precedente (razão de decidir) motivado pelo reconhecimento da existência de fundamento jurídico suficiente para abandonar aquela *ratio* que estava baseado o precedente que *a priori* seria aplicável (ROSITO, 2012, p. 305, apud MOTTA, 2015, n. p.).

Em seu turno, a técnica do *transformation* não se confunde com o *overruling*. Aquela, realiza a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo (MARINONI, 2016, n. p.). Diante disso, a transformação consiste na afirmação de que se está aplicando determinado precedente ou dando-lhe continuidade, quando, o que se faz é, na verdade, a prolação de nova norma

jurídica: trata-se de uma superação de entendimento, mas não anunciada (superação implícita) e representa uma forma de evitar fazer formalmente o *overruling* (MACEDO, 2017, n. p.).

Diante das técnicas, supracitadas, de superação dos precedentes, constata-se, portanto, que a afirmação de engessamento do ordenamento jurídico com a adoção do sistema de precedente, representa um argumento frágil, vez que a doutrina do *stare decisis* permite o desenvolvimento do Direito, conforme fora exposto no presente capítulo.

CONCLUSÃO

O Direito Comparado, por meio do método comparativista, subsidiou o presente trabalho para a compreensão do instituto de precedentes e sua aplicação nos sistemas jurídicos de tradições *common law* e *civil law*. Ainda, possibilitou desvendar como os precedentes judiciais são incorporados no *sistema jurídico de tradição brasileira*, sistema este altamente peculiar e manifestamente cosmopolita.

Utilizando da modalidade macrocomparativa da Ciência do Direito Comparado, pôde-se delinear as raízes históricas dos sistemas jurídicos de tradições *civil law*; *common law* e *brasileira*. Quanto ao primeiro, impulsionado pelo Renascimento, ganhou contornos mais definidos tempos depois: no século XIX, com o surgimento dos Códigos Nacionais. Essa nacionalização dos sistemas jurídicos, além de partir da ideia de que cada Estado deveria ter o seu código, procura romper com os abusos dos nobres, do clero e dos magistrados.

Essas classes representavam uma só, no que diz respeito a privilégio. Diante disso, os magistrados, pertencente da alta camada social, acaba por utilizar do cargo para defender seus interesses. Para reverter esse quadro, com a implementação dos Códigos Nacionais, doravante, os magistrados assumem o

papel de replicar a lei (boca de lei), sem exercer função criativa e extensiva das normas. No sistema jurídico de tradição *civil law* há, portanto, um primado ao processo legislativo.

De modo diverso, o sistema jurídico de tradição *common law* é resultado dos trabalhos dos Tribunais Reais de Justiça (Tribunais de *Westminster*), responsáveis por discutir os casos mais importantes e complexos, para firmar um precedente que será aplicado aos demais casos futuros semelhantes ou iguais. A tradição *common law*, logo, revela-se como um Direito costumeiro-jurisprudencial.

O sistema jurídico da *terra brasilis*, por sua vez, apesar de possuir estreita ligação com a tradição *civil law*, percebe-se a presença de diversos institutos da tradição *common law*. Ante a isso, a tentativa de definir precisamente qual tradição jurídica o Brasil pertence na atualidade, representa um esforço hercúleo. Portanto, podemos afirmar que nacionalmente possuímos um sistema peculiar e próprio: *sistema jurídico de tradição brasileira*. No sentido de que no Brasil se adota institutos das tradições *civil law* e *common law* em seu ordenamento jurídico.

Feito o traço distintivo entre os sistemas jurídicos supramencionados, partindo para a modalidade microcomparativa da Ciência do Direito, o precedente judicial, objetos de destaque do presente escrito, é resultado do Direito jurisprudencial (*case law*), ou seja, fruto da produção dos trabalhos dos tribunais na fixação de uma norma (*ratio decidendi*), a partir de um caso concreto, que será aplicada aos demais casos semelhantes ou iguais.

A fixação da razão de decidir, pelos tribunais ingleses e americanos, resultou da necessidade de unificar os entendimentos dos magistrados, a fim de que os demais casos semelhantes ou iguais recebam a mesma resposta do Poder Judiciário. Extraí-se, assim, que a construção dos precedentes judiciais tem por objetivo garantir a segurança jurídica.

No *sistema jurídico de tradição brasileira*, os precedentes judiciais não representam algo de novo. Todavia, somente a partir do Código de Processo Civil de 2015 esse instituto assume papel de destaque, tendo em vista o seu caráter vinculante, conforme prevê a norma contida no art. 489, §1º, inciso VI.

Notadamente, a implementação do instituto dos precedentes no Poder Judiciário brasileiro também possuía, a princípio, o objetivo de garantir a segurança jurídica nas decisões proferidas por este Poder aos casos iguais ou semelhantes.

Por outro lado, a construção dos precedentes judiciais sem a fixação da razão de decidir de forma clara, atrelada a uma construção abstrata e genérica, acaba por equipará-los a normas abertas, passíveis de preenchimento de entendimento pelo julgador. Assim sendo, a *ratio decidendi* é o elemento que possui força vinculante do precedente judicial e, desse modo, necessita estar clara e estritamente atrelada ao caso *sub judice*.

Uma redação genérica e abstrata dos precedentes judiciais acaba por abarcar casos aparentemente (frisa-se: parece ser) semelhantes ou iguais. Ainda, essa abertura de interpretação (ou incidência), além da já mencionada característica de normas abertas, desvenda um possível objetivo secundário dos precedentes judiciais no sistema jurídico de tradição brasileira: otimizar a administração do Poder Judiciário, vez que generalidade e a abstração da redação desse instituto possibilita a sua incidência em maior quantidade de casos.

Ainda, a ausência de clareza na fixação da *ratio decidendi* impossibilita aos operadores do direito detectar e/ou aplicar os métodos de superação dos precedentes, quais sejam: *overruling*; *transformation*; e *distinguishing*. Quanto ao último, *distinguishing*, torna-se algo extremamente agravante, vez que o método da distinção impossibilita o afastamento do precedente invocado pelas partes do processo. Diante disso, a possibilidade de repelir um determinado precedente judicial, em especial, por meio do método do *distinguishing*, torna-se inviável no

sistema jurídico de tradição brasileira, face à construção deficitária da razão de decidir.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – lançou em 2017 o Boletim de Precedentes, tendo sua 1ª edição publicada em 1º de dezembro de 2017. O boletim, na realidade, colaciona diversos Recursos Repetitivos que servirão para o STJ na fixação de *precedentes qualificados* de estreita observância pelos juízes e tribunais (art. 121-A, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça), ou seja, reúne diversos Recursos Especiais com a mesma questão submetida a julgamento e receberão do Poder Judiciário a mesma resposta, que deverá ser replicada pelos juízes e tribunais aos casos semelhantes ou iguais.

Depreende-se, desse modo, que a fixação dos *precedentes qualificados* pelo STJ já manifesta um caráter otimizador da administração do Poder Judiciário. A junção dos processos em grupos de Recursos Repetitivos tem por objetivo, além de garantir a segurança jurídica para que os casos iguais recebam respostas iguais, a celeridade administrativa do judiciário, vez que os casos iguais ou semelhantes recebam respostas padrões. Ainda, reitera-se que o surgimento dos precedentes a partir dos Recursos Repetitivos corrobora para a fixação de respostas padrões para os casos futuros.

É notório que o Brasil, cada vez mais, acende a *cultura da judicialização*: o crescimento acentuado de litígios levados à apreciação para o Poder Judiciário. Diante desse cenário, a fixação dos precedentes judiciais para otimizar a administração do judiciário não parece ser o caminho correto. Assim sendo, meios diversos dos precedentes são possíveis de serem implementados para desafogar os processos palmilhados no Poder Judiciário, quais sejam: o incentivo aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos; efetivação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, dentro dos tribunais; a popularização das Câmaras de Conciliação, mediação e arbitragem etc.

Isto posto, faz-se necessário o *sistema jurídico de tradição brasileira* amadureça a construção dos precedentes judiciais, a fim de que este instituto seja realmente exercido em sua completude e não apenas como ferramenta para desafogar o Poder Judiciário. Para tanto, o passo inicial será por meio da clareza na fixação da *ratio decidendi* para, só assim, os operadores do Direito possam começar a discutir e exercer os métodos de superação dos precedentes, tão importantes quanto o próprio instituto de precedentes.

REFERÊNCIAS

- BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem* [livro eletrônico]. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.
- CAMPOS, C. A. A.. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Dissertação em Direito Público) – UERJ. Rio de Janeiro, p. 378, 2012.
- CARNEIRO JR., Amilcar Araújo. *Parâmetros do Common Law para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda*. In: MENDES, Alúcio G. de Castro, et al, coord. *Direito jurisprudencial, volume II*. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO, Weliton. *Direito comparado: método ou ciência?*. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176559>>. Acesso em: 16 jul. de 2019.
- CASTRO, G. F. M.; GONÇALVES E. S.. *A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades*. Âmbito Jurídico, v. 001, p. 11647-001, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades>>. Acesso em: 29 jul. de 2019.
- CIMARD, C. A.. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro* [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, não paginada.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR., Fredie et. al.. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed.. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR., Didier. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FOGAÇA, Marcos Vargas; FOGAÇA, M. V.. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil* - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p509. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso), p. 509-533, 2016.
- FREIRE, A. R. S.. *Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade*. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 51-82.

GALIO, M. H.. *História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas*. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

GARCIA, G. F. B.. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GOMES, M. M.. *A máxima dos precedentes no direito brasileiro: uma fusão entre common e civil law?*. *Revista Juris UniToledo*. v. 03, n. 01. São Paulo, 2018.

GOUVEIA; L. G. de; BREITENBACH, F. G.. *Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. In: *Precedentes*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. ... [et al.]. Salvador: JusPodivm, 2016. 816 p.

JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. 1. ed. Braga: ELSA UMINHO, 2015.

MACEDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *O transplante jurídico de técnicas para aplicação de precedentes – análise específica da transformação (transformation), sinalização (signaling) e superação antecipada (anticipatory overruling)*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME F. G. (Org.). *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, não paginada.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 49, 2009.

_____. *A ética dos precedentes* [livro eletrônico] : justificativa do novo CPC. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Não paginada.

_____. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2016, não paginada.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 20 out 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MITIDEIRO, Daniel. *Precedentes* [livro eletrônico] : da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2017, não paginada.

MOTTA, Otávio. *Justificação da decisão judicial* [livro eletrônico] : a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, não paginada.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: *Precedentes*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. ... [et al.]. Salvador: JusPodivm, 2016. 816 p.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. 1. ed. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, não paginada.

PRESGRAVE, A. B. F. R.. *A natureza jurídica da súmula*. In: NUNES, DIERLE; MENDES, ALUISIO; JAYME, FERNANDO GONZAGA. (Org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015* [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, não paginada.

RAMOS, E. da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, não paginado.

_____. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTORO, R. B.. *O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa*. Observatório da Jurisdição Constitucional , v. 1, p. 95, 2014.

RESCHKE, P. H.. *Por que o Brasil não está caminhando para o common law, e por que isso importa*. Disponível em: <http://melloesouza.adv.br/2018/05/03/por-que-o-brasil-nao-esta-caminhando-para-o-common-law-e-por-que-isso-importa/#_ftn32>. Acesso em: 13.08.2019.

SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G.. *Direito constitucional em perspectiva comparativa: os sistemas constitucionais e a jurisdição constitucional (prelo)*. 1. ed. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2017.

VENOSA, S. de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.



DECLARAÇÃO DE AUTORIA⁵⁰

Discente: **ANDRE HIPOLITO CORREA AGUIAR**

CPF: **031.415.131-12**

Código de matrícula: **201540401043**

Telefone: **(94) 98171-8632**

e-mail: **andrehipolitto@hotmail.com**

Curso: **Direito Bacharelado**

Disciplina: **Monografia Jurídica**

Orientador (se aplicável): **Prof.^a JOSEANE DO SOCORRO DE SOUSA AMADOR**

Título/subtítulo do trabalho: **A efetividade dos precedentes no brasil a partir do CPC de 2015: um estudo comparado com o instituto de precedentes do sistema de tradição jurídica *common law*.**

Declaro, para os devidos fins, que

1. Estou ciente de que pratica plágio o estudante que, dentre outras coisas:⁵¹

- a) no âmbito de um trabalho para uma unidade curricular, de um relatório de estágio ou projeto, de um trabalho de conclusão de curso, dissertação de mestrado ou tese de doutorado pretende fazer passar por seu o trabalho de

⁵⁰ A presente declaração de autoria foi desenvolvida a partir do uso de elementos constantes em diversos modelos de declarações de autoria, a saber: declaração de autoria da Universidade Federal Tecnológica do Paraná (<<http://www.utfpr.edu.br/curitiba/estrutura-universitaria/diretorias/dirgrad/departamentos/quimica-e-biologia/graduacao/tecnologia-em-processos-ambientais/tcc/tcc2/tcc2-declaracao-autoria>>); declaração de autoria do Instituto Federal de Tocantins (<<http://www.gurupi.iftto.edu.br/ensino/cursos/superiores/licenciatura/artes-cenicas/arquivos/arquivos-de-tcc/declaracao-de-autoria-de-trabalho1.odt>>); declaração de autoria da Universidade de Oxford, Reino Unido (<<https://www.ox.ac.uk/students/academic/guidance/skills/plagiarism7wssM>>); declaração de autoria desenvolvida pelo sítio Plágio.Net (<http://www.plagio.net.br/download/declaracao_de_autoria.zip>); declaração de autoria da Universidade Estadual de Londrina (<<http://www.uel.br/cef/demh/especializacao/doc/declara.pdf>>); declaração de autoria da Universidade de Coimbra, Portugal (<http://www.uc.pt/feuc/eea/mestrados/Documentos/Declaracao_Autoria>); declaração de autoria da Universidade do Cabo, África do Sul (<http://www.uct.ac.za/downloads/uct.ac.za/about/policies/plagiarism_students.pdf>). Todos os documentos foram acessados em 06/10/2016.

⁵¹ A definição de plágio utilizada nessa normativa é uma versão modificada do disposto no art. 13 do Regulamento n.º 288/2012 - Regulamento Disciplinar dos Estudantes da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.uc.pt/regulamentos/ga/vigentes/regulamento_disciplinar_dos_estudantes_da_uc.pdf> (acesso em 06/10/2016).

outrem. Concretamente, considera-se plágio a reprodução de obra alheia e a submissão da mesma como trabalho próprio ou quando há a inclusão, em trabalho próprio, de ideias, textos, tabelas ou ilustrações (quadros, figuras, gráficos, fotografias, retratos, lâminas, desenhos, organogramas, fluxogramas, plantas, mapas e outros) transcrito de obras de terceiros sem a devida e correta citação da referência;

- b) Apresenta trabalho de outrem, alterando a ordem ou alguns termos, como se fosse um trabalho próprio;
 - c) Compra ou utiliza um texto escrito por outrem e o apresenta como se fosse original;
 - d) Copia e cola textos de um livro, artigo ou da web, introduzindo-os no trabalho próprio, sem citar e identificar a fonte de informação;
 - e) O estudante que assina um trabalho de grupo sem que tenha contribuído para a sua realização;
 - f) O estudante que, para nova avaliação, utiliza, parcial ou totalmente, um trabalho que já foi avaliado e classificado no âmbito de outra unidade curricular, quando é exigido que o trabalho apresentado seja original;
 - g) O estudante que, para realizar o seu trabalho, utiliza dados parcial ou totalmente forjados;
 - h) O estudante que fornece, a título gratuito ou pago, um trabalho que sabe que outro vai apresentar, total ou parcialmente, como seu.
2. Estou ciente do conteúdo normativo do art. 184 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que tipifica o crime de violação de direitos autorais.
 3. Estou ciente do conteúdo da normativa interna da Faculdade de Direito da UNIFESSPA, que dispõe sobre o conceito de plágio, prevê penalidades aplicadas aos discentes em caso de plágio e adota a Declaração de Autoria.
 4. Estou ciente de que a prática de plágio poderá implicar minha reprovação na disciplina para a qual o trabalho é apresentado e que, em acréscimo, poderei ser responsabilizado criminalmente pela prática do crime de violação de direitos autorais.

5. O presente trabalho é de minha autoria e de minha inteira responsabilidade.
6. Não há qualquer plágio no trabalho entregue.
7. O conteúdo deste trabalho é original e não foi entregue a nenhuma outra disciplina ou curso.
8. Afirmo que para realizar este trabalho acadêmico, usei as normatizações pertinentes da ABNT que disciplinam a apresentação de citações, referências e trabalhos acadêmicos.
9. Eu não permitirei a ninguém copiar o meu trabalho com a intenção de passá-lo como se fosse seu.

Marabá – PA, 30 de outubro de 2019.

Assinatura do discente