

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCSO
CURSO DE DIREITO

DANIELLE COSTA TINOCO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO COM O NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:** obstáculos à implantação de um sistema
típico de países que utilizam a tradição do *Common Law*

São Luís
2016

DANIELLE COSTA TINOCO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO COM O NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:** obstáculos à implantação de um sistema
típico de países que utilizam a tradição do *Common Law*

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito da Universidade Federal do
Maranhão, em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof^a Dr^a Mônica Teresa Costa
Sousa.

São Luís
2016

Costa Tinoco, Danielle.

Análise do sistema de precedentes instituído com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro : Obstáculos à implantação de um sistema típico de países que utilizam a tradição do Common Law / Danielle Costa Tinoco. - 2017.

64 p.

Orientador(a): Mônica Teresa Costa Sousa.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2017.

1. Civil Law. 2. Common Law. 3. Novo Código de Processo Civil. 4. Sistema de precedentes. I. Costa Sousa, Mônica Teresa. II. Título.

DANIELLE COSTA TINOCO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO COM O NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:** obstáculos à implantação de um sistema
típico de países que utilizam a tradição do *Common Law*

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito da Universidade Federal do
Maranhão, em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Monografia apresentada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Mônica Teresa Costa Sousa
(Orientadora)

EXAMINADOR 1

EXAMINADOR 2

Dedico este trabalho a minha família, em especial aos meus pais, Angela e José de Ribamar, por todo o incentivo que me foi dado ao longo desta graduação, e cujo apoio me permitiu chegar até aqui, e ao meu pequeno e amado afilhado, Victor Hugo, a quem pretendo ser fonte de inspiração para que ele possa entender desde cedo a importância dos estudos na vida de qualquer ser humano.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho simboliza o fim da graduação e também mais um ciclo que se conclui em minha vida. Graças a Deus pude superar todos os obstáculos que apareceram pelo caminho ao longo destes cinco anos de graduação, sempre com o apoio e incentivo de toda a minha família, especialmente meus pais e irmão, que sempre acreditaram em mim e me impulsionaram a seguir adiante. A eles a minha eterna gratidão, por estarem sempre do meu lado, principalmente nos momentos mais difíceis que se sucederam ao longo destes anos. Devo agradecer ainda:

As meus tios e tias, que igualmente junto com meus pais sempre estiveram do meu lado me prestando apoio e se mostrando solícitos no que fosse preciso, compartilhando ainda a mesma felicidade quando atingia algum objetivo.

Às irmãs, não de sangue, mas de alma, Drissana e Vanessa, que pude ter a alegria de encontrar no seio acadêmico e que compartilharam comigo essa mesma jornada. Companheiras de vida cujo carinho e afeto foram muito importantes para que eu pudesse concluir mais esta etapa, e cuja amizade sempre lembrarei comigo.

Aos demais amigos cultivados no seio acadêmico a quem posso citar Priscilla, Gustavo, Ana Izabel, Imaíra, Laena, Letícia e Morgana, por também terem compartilhado comigo essa jornada acadêmica e por todo o apoio prestado.

Aos meus amigos de longa data, Jocy e Ronyere, que estão ao meu lado a muitos anos, e que mesmo não estando presentes o tempo todo, sempre se mostram dispostos a ceder o ombro amigo em qualquer dificuldade.

Ainda que conturbado, o ambiente acadêmico me proporcionou ainda grande desenvolvimento pessoal e profissional, que complementado pelo desenvolvimento do meu estágio no escritório de advocacia Lara, Pontes e Nery Advogados. Muito mais do que um simples escritório de advocacia, tenho muito o que agradecer à família Lara, Pontes e Nery Advogados, por todos os ensinamentos que me foram proporcionados junto à graduação ao longo destes anos. Pelas amizades que fiz neste escritório e pela ajuda na formação do meu caráter e postura profissional, deixo aqui o meu muito obrigado.

Não posso esquecer de agradecer à minha orientadora, a Prof^ª. Dr^ª. Mônica Teresa Costa Sousa, por toda demonstração de amor pelo ensino e por ser uma das poucas professoras encontradas ao longo da graduação que demonstraram tamanha dedicação ao dever de ensinar.

Às vitórias já alcançadas e as que ainda virão, deixo aqui meu muito obrigada a todos que convivem comigo e que, direta ou indiretamente, são partes da concretização deste sonho.

RESUMO

O presente trabalho busca a análise do sistema de precedentes instituído com o Novo Código de Processo Civil, a partir da análise histórica da formação e evolução dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law*, verificando com isso as principais diferenças entre ambos os sistemas. De outro lado, analisa ainda quais os dispositivos contidos no referido Código que tratam das principais mudanças nas formas de julgamento e emprego dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Estuda ainda como se dá a dinâmica do precedente, desde a formação da *ratio decidendi* do julgado que servirá de paradigma, até o emprego das técnicas de confronto, distinção e superação do mesmo. Analisa ainda a jurisprudência pátria para verificação do emprego do sistema de precedentes após a instituição do Novo Código de Processo Civil, e ainda no Direito Comparado, para verificação do emprego do sistema de precedentes no Canadá. Busca verificar quais os obstáculos decorrentes do emprego do sistema de precedentes típico do sistema do *Common Law* a um país que possui tradição no *Civil Law*.

Palavras-chave: Sistema de precedente. Jurisprudência. *Ratio decidendi*. Novo Código de Processo Civil. *Civil Law*. *Common Law*.

ABSTRACT

The present work seeks an analysis of the system of precedents established with the New Code of Civil Process, based on the historical analysis of the formation and evolution of the legal systems of *Civil Law* and *Common Law*, verifying the main differences between both systems. On the other hand, it also analyzes what the devices contained in this Code that deal with the main changes in the forms of judgment and employment of precedents in the Brazilian legal system. It studies how the dynamics of the precedent takes place, from the formation of the *ratio decidendi* of the judgment that will serve as a paradigm, to the use of techniques of confrontation, distinction and overcoming. It analyzes the jurisprudence of the country to verify the use of the system of precedents after the establishment of the New Code of Civil Process, and also in Comparative Law, to verify the employment of the system of precedents in Canada. It seeks to ascertain what obstacles arise from the use of the system of precedents typical of Common Law countries to a country that has a tradition in Civil Law. It seeks to ascertain what obstacles arise from the use of the system of precedents typical of the Common Law system to a country that has a tradition in Civil Law.

Keyword: Precedent system. Jurisprudence. *Ratio decidendi*. New Code of Civil Process. *Civil Law*. *Common Law*.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2.	<i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> : ASPECTOS DA FORMAÇÃO E ANÁLISE COMPARATIVA ACERCA DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	13
2.1.	O <i>Civil Law</i> : da formação e evolução do sistema à questão da segurança jurídica.....	13
2.2.	O <i>Common Law</i> : alguns aspectos da formação e evolução do sistema até os dias atuais.....	19
2.3.	As regras do <i>stare decisis</i>	22
2.4.	Breve resumo expositivo acerca das principais diferenças entre o sistema do <i>Civil Law</i> e do <i>Common Law</i>	25
3.	AS INOVAÇÕES TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVILBRASILEIRO.....	28
3.1.	Dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil que dispõem acerca das principais inovações e mudanças com relação as formas de julgamento e os precedentes judiciais.....	29
3.2.	Da dinâmica do precedente no Novo Código de Processo Civil.....	32
3.2.1.	Do processo de formação e da importância da <i>ratio decidendi</i> (Art. 489 do Novo Código de Processo Civil)	32
3.2.2.	Da técnica de confronto e distinção no Novo Código de Processo Civil: <i>distinguishing</i>	37
3.2.3.	Da técnica de superação ou revogação do precedente no Novo Código de Processo Civil: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	41
4.	ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E O DIREITO COMPARADO.....	47
4.1.	Aplicação do sistema de precedentes pelos Tribunais Brasileiros.....	47
4.2.	Aplicação do sistema de precedentes no Direito Comparado (Canadá).....	52
4.3.	Dos obstáculos e da dificuldade de incorporação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.....	54
5.	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

Assim como nos países de origem romano-germânica, o Brasil é filiado a escola do *Civil Law*, a qual considera a Lei como fonte primária de seu ordenamento jurídico. A Lei é considerada como instrumento principal na resolução dos casos levados ao Poder Judiciário e, por conseguinte, os juízes e operadores do Direito tem a função de interpretar e aplicar os ditames da Lei, não lhe cabendo a função de criar o direito, haja vista que tal função foi delegada ao Poder Legislativo. Nesse sentido expõe René David (2002, p. 119):

As disposições de direito escrito, provenientes do poder legislativo ou da administração, que os juristas vão tratar de interpretar e aplicar para descobrir a solução justa que cada situação comporta, apresentam-se nos países da família romano-germânica como uma hierarquia.

No Brasil a expressão que comprova a adoção do sistema de *Civil Law* se encontra no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, por ser uma norma constitucional que consagra o princípio da legalidade, temos a Lei como o instrumento que protege os indivíduos e legitima as ações que respeitem os ditames estabelecidos no ordenamento, servindo ainda como instrumento norteador da atividade jurisdicional.

No entanto, em virtude da edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil no Brasil, o país, que sempre foi filiado a tradição do *Civil Law*, vem se aproximando do sistema de *Common Law* em virtude da adoção do sistema *stare decisis*. Melhor explicando, os artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil estabelecem que os juízes e tribunais de base devem observar obrigatoriamente as decisões emanadas pelos Tribunais Superiores, bem como súmulas emanadas pela Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, tal como segue abaixo:

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

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O sistema de *Common Law*, adotado em muitos países que foram colonizados pela Inglaterra, a exemplo dos Estados Unidos e do Canadá, distingue-se do sistema do *Civil Law* principalmente em virtude das fontes do Direito. Enquanto o sistema do *Civil Law*, tal como exposto, possui como principal fonte do Direito a Lei, por sua vez, o sistema do *Common Law* é apoiado no direito consuetudinário, ou seja, os juízes e operadores do direito utilizam-se de costumes para resolver um caso concreto, cujo julgamento, por sua vez, pode constituir um precedente para auxiliar na resolução de casos futuros.

John Bell, autor americano, ao tratar da diferença entre os dois sistemas jurídicos, aduz que “a tradição civil, liderada pela França, tenta argumentar que o precedente não é uma fonte do direito. A tradição do common law dá por certo que o precedente é e deve ser tratado como uma importante fonte do direito”¹ (1997, p. 1248).

Assim, uma das principais diferenças entre os referidos sistemas jurídicos respeito a fonte do Direito, uma vez que, enquanto um expõe que a Lei é a fonte primária de seu ordenamento jurídico, o outro se baseia do direito consuetudinário para criar o sistema de precedentes que devem ser observados pelos juízes e tribunais na resolução de casos concretos.

Destarte, essa aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law* é possível diante da adoção do sistema do *stare decisis* pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Em relação ao *stare decisis*, derivado do *Common Law*, temos que este consiste na teoria por meio da qual se impõe a observância obrigatória de determinados precedentes. No Brasil, o antigo Código de Processo Civil de 1973 já indicava a aproximação com a teoria do *stare decisis*, a exemplo dos dispositivos que indicavam a obrigatoriedade da observação de súmulas vinculantes e julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, é com o Novo Código de Processo Civil de 2015 que tais proposições ganham ainda mais força.

A aplicação do sistema de precedentes obrigatórios é adotada com a finalidade de uniformizar a jurisprudência nacional, bem como conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, uma vez que é possível, em tese, pela utilização dos precedentes, oferecer

¹ “The civilian tradition, led by the French, tries to argue that precedent is not a source of law. The common-law tradition takes it for granted that precedent is and should be treated as a major source of law”, define John Bell em “Comparing Precedent”, 82 Cornell L. Rev. 1243 (1997, p. 1248).

soluções idênticas para casos que possuam a mesma sistemática fática e fundamento jurídico.

No entanto, por ser o *stare decisis* uma teoria relativamente nova, típica de países com tradição no *Common Law*, é possível que haja uma certa dificuldade para a implantação da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro que, conforme dito, possui tradição no *Civil Law*.

Assim, o presente trabalho buscará analisar em primeiro plano, os sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law*, bem como a teoria do *stare decisis*, a fim de que se estabeleça as suas principais diferenças e, em segundo plano, a dinâmica do precedente no Novo Código de Processo Civil, para que se verifique a possibilidade da aplicabilidade e eficácia do sistema de precedentes judiciais, típico de países filiados ao *Common Law*, à um país como o Brasil, que possui tradição no *Civil Law*. Além disso, o presente trabalho busca ainda analisar a possibilidade da utilização do Direito Comparado para verificar como funciona a aplicação do sistema de *Common Law* no Canadá, relacionando com o sistema do *Civil Law* aplicado nos tribunais brasileiros. Logo, por ser um tema ainda novo, com a possibilidade ainda de grandes discussões, é de extrema importância o estudo que se pretende realizar no presente trabalho.

2. CIVIL LAW E COMMON LAW: ASPECTOS DA FORMAÇÃO E ANÁLISE COMPARATIVA ACERCA DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O *Civil Law* e o *Common Law* são dois grandes importantes sistemas jurídicos do Direito Contemporâneo, que possuem características completamente distintas pela forma como se deu o seu surgimento e evolução através dos anos. Enquanto o *Civil Law* teve a sua formação baseada no direito romano, na qual, segundo René David (2002, p. 23) as regras de direito eram concebidas como regras de condutas, ligadas as questões de moral e justiça que sofreram, posteriormente, o fenômeno da codificação, o *Common Law*, durante a sua origem, esteve muito ligado ao poder real, com a formação dos grandes tribunais para julgar as questões que pudessem pôr em risco os interesses da Coroa na Inglaterra. Feitas essa breve explanação acerca do *Civil Law* e do *Common Law*, passa-se a análise individualizada da origem e evolução de ambos os sistemas.

2.1 O *Civil Law*: da formação e evolução do sistema à questão da segurança jurídica

O *Civil Law* possui sua origem ligada à evolução do Direito Romano pela Europa no final da Idade Média. Segundo René David (2002, p. 35), “até esta época, existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar de sistema, e talvez mesmo de direito”. Um pouco antes disso, ainda no século III e começo do século IV d. C., já é possível perceber a crescente influência do poder romano sobre os outros povos europeus. Tal desenvolvimento se deu, principalmente, pela construção gradual de uma rede de relações e alianças com os povos vizinhos, bem como pela expansão das colônias e assentamentos, o que permitiu o crescimento da cidadania romana nessas áreas (KELLY, 2010, p. 52).

O modo como o direito romano se manifestava parecia variar de tempos em tempos, mas pode-se dizer que os romanos viam na *Lex* “Lei” a fonte de qualquer obrigação legal, sendo que o exemplo mais importante são as Leis das Doze Tábuas, que remontam ao século V a. C. Nesse sentido complementa Jonh M. Kelly (2010, p. 87-88):

As formas em que o direito romano se apresentava variavam um pouco de época para época, mas, de modo geral, incluíam o tipo legislativo, funcionalmente comparável às leis modernas; a forma edital, isto é, as reformas legislativas e as inovações e adaptações associadas com o pretorado (acima descrito, que admite uma comparação com a interpretação da equidade pelos chanceleres ingleses); a singular forma romana

de *responsa prudentium*, ou seja, as opiniões de juristas consagrados; e, em uma posição muito modesta, o costume. Na república, as modalidades “legislativas” do direito consistiam em *leges* propriamente ditas, isto é, medidas promulgadas pela assembleia popular; *leges* impróprias (embora assim chamadas), por que eram, a rigor, *plebis scita*, medidas adotadas pelo *concilium plebis*, às quais se incorporava a força de lei; e *senatus consulta*, resoluções do Senado, que formalmente não eram senão meras diretrizes para os magistrados, mas na prática tinham a força de lei.

Entretanto, apesar do crescente desenvolvimento da cultura romana, a única parte da Europa Ocidental com a qual os romanos não fizeram grandes incursões foi na terra dos povos germanos. Esses povos, posteriormente, teriam a tarefa de subverter a ordem do império romano e semear as bases dos principais estados nacionais da Europa Moderna (KELLY, 2010, p. 90)

Assim, o Império Romano viu o começo de sua ruína ainda no final do século IV e começo do século V d. C, quando, nas palavras de John M. Kelly (2010, p. 104), três acontecimentos marcaram a história romana:

Três acontecimentos do final da história romana – todos contidos entre os séculos IV e V d. C. – podem ser considerados de cardeal importância, segundo o sentido implicado na palavra “cardeal”, que em latim significa “gonzo”: eles foram os gonzos em torno dos quais girou uma porta gigantesca da História, fechando a era do mundo pagão greco-romano centralizado na bacia do Mediterrâneo e abrindo a do mundo cristão ocidental, cujo centro de gravidade foi se deslocando cada vez mais para o norte dos Alpes. Esses três acontecimentos foram, primeiro, a divisão formal do Império Romano numa metade ocidental e outra oriental; depois, mais ou menos na mesma época, a adoção do cristianismo como religião oficial do Império; e, por fim, a destruição e a conquista do Império do Ocidente pelos germanos.

Dessa forma, as invasões de diversos povos, com especial destaque para os germanos, levaram a queda do Império Romano no século V, fazendo com que romanos e bárbaros tivessem que viver lado a lado, voltando ao seu estado mais primitivo e fazendo aflorar, ainda, os costumes territoriais, que se sobrepuseram à importância que foi dada a Lei pelos romanos. Assim expõe René David (2002, p. 37):

O Império Romano conheceu uma civilização brilhante, e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas o Império Romano deixou de existir há séculos no Ocidente. As invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram à sua queda no século V; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver lado a lado, seguindo, uns e outros, a sua própria lei. Contudo, com o tempo, os modos de vida foram-se aproximando; a miscigenação entre os diversos grupos étnicos foi-se graduando verificando, e os costumes territoriais, com a feudalidade nascente, voltaram a vigorar, excluindo o princípio primitivo da personalidade da lei.

É somente no fim da Idade Média com o Renascimento no Ocidente Europeu, nos séculos XII e XIII d. C., que é possível observar a criação da família de direito romano-germânica. Nessa época despertou-se o interesse pelo estudo do Direito Romano a partir das universidades europeias, com destaque para a Universidade de Bologna na Itália, na qual

considera-se ter nascido o interesse pela jurisprudência como ramo do conhecimento que estuda o direito (WAMBIER, 2009, p. 2).

Ao discorrer sobre a importância da codificação dos textos jurídicos para o Direito Romano, James G. Apple e Robert P. Deyling, juristas americanos, expõem que no século VI o Imperador Justiniano ordenou a preparação de um manuscrito ainda mais abrangente abrangendo todos os aspectos do Direito Romano. O *Corpus Juris Civilis*, incluiu não somente um refinamento do *Instituto de Gaius*, mas o *Digesto* (escritos de juristas clássicos), o Código (legislação imperial precoce), e os *Novels* (legislação de Justiniano). O *Corpus Juris Civilis*, forneceu uma rica reserva de ideias jurídicas para estudantes contemporâneos e para estudiosos do Direito. Reuniu ainda tratados jurídicos e princípios do Direito que refletiam diversos pontos de vistas e argumentos, tornando-se elemento essencial para o sistema do *Civil Law*² (1995, p. 6).

Muito embora tais textos tenham permanecido desconhecidos em todo o Ocidente durante a Idade Média, foram redescobertos na época do Renascimento, a partir das universidades europeias, e serviram como base de todo o direito civil da Europa Continental (KELLY, 2010, p.214).

Ocorre que com o passar dos anos o ensino do Direito Romano nas universidades evoluiu, sendo que as escolas que se sucederam passaram a utilizar-se de seus métodos próprios. A primeira escola é a dos *glosadores*, que se preocupou em reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. Nesse sentido, foram abandonados alguns textos do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, por se tratar de instituições da Antiguidade que não mais existiam naqueles tempos, como por exemplo a escravatura, ou porque não se tratavam de assuntos que não mais eram regulados pela Igreja, com o casamento e o testamento, por exemplo (DAVID, 2009, p. 44).

A segunda escola que merece destaque é a dos pós-glosadores, na qual uma nova tendência se manifesta: o Direito Romano sofre distorções ainda maiores e os juristas preocupam-se com o desenvolvimento de ramos inteiramente novos, como por exemplo, o

² “In the sixth century, the Emperor Justinian ordered the preparation of an even more comprehensive manuscript covering all aspects of Roman law. The *Corpus Juris Civilis* included not only a refinement of Gaius’s *Institutes*, but the *Digest* (writings of classical jurists), the *Code* (early imperial legislation), and the *Novels* (Justinian’s legislation). The *Corpus Juris Civilis* provided a rich store of legal ideas for contemporary and later students and scholars of the law. It brought together legal treatises and principles of law reflecting diverse viewpoints and arguments. As will be seen later in this discussion, the *Corpus Juris Civilis*, particularly the refined *Institutes*, became the essential building block for the system of law known popularly as the civil-law system, supplying many of its substantive provisions”, conforme expõem os juristas americanos James G. Apple e Robert P. Deyling em “A primer on the civil-law system. Estados Unidos, Federal Judicial Center” (1995, p. 6).

Direito Comercial, o Direito Internacional e o Direito Privado. Assim, os juristas não mais se preocupam em buscar soluções romana para os conflitos existentes nesta época, mas sim utilizar os textos romanos para justificar as regras adaptadas à realidade da sociedade daquela época (DAVID, 2009, p. 44).

É assim que nasce o *jus commune* do sistema romano-germânico, o qual se configura como “um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça” (DAVID, 2009, p. 45). Com isso, as escolas de direito procuram utilizar-se dos textos romanos para produzir regras mais justas conforme a sociedade de seu tempo.

Entretanto, é somente com o advento da Revolução Francesa nos séculos que se observa mais nitidamente a estruturação do *Civil Law* tal como conhecemos na atualidade. Com efeito, é na passagem de poder da monarquia para a nação que o raciocínio jurídico do *Civil Law* começa a se formar, caracterizado pela maneira na qual os franceses viam o direito e a vida em geral. Assim, a teoria de desconcentração de poder de Montesquieu combinada com a teoria de Rousseau, no sentido de que a Lei escrita deveria expressar a vontade na nação francesa, serviram de forte influência para os revolucionários instituírem um novo direito e destituir o poder do monarca (WAMBIER, 2009, p. 3)

Essa ideia de que o poder central era legitimado e justificado através do povo foi um dos principais ideais da Revolução Francesa. Em consequência, todos deveriam estar sujeitos à Lei, inclusive o rei e os juízes. Entretanto, alguns juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que fosse contrária aos interesses de seus protegidos, e interpretavam as leis de forma a manter o status quo e não permitir que as intensões progressistas de seus elaboradores fossem atingidas (MARINONI, 2009, p. 28).

Observa-se, contudo, que os ideais libertários da Revolução Francesa intentaram a criação de um direito novo capaz de romper as relações com *ancien régime* que era marcado, nesse ponto, pelo arbítrio judicial, colocando em desuso o antigo direito francês e negando a autoridade do *ius commune*, sendo necessária a instituição de uma nova ordem baseada na separação dos poderes, impondo-se ainda, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário, limitando as atividades deste último e subordinando-o de forma rígida ao parlamento. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 29) expõe que:

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido

dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (em quelque façon, nulle).

É dessa forma que nasce a expressão do Juiz como “*bouche de la loi*” (boca da lei), na qual Montesquieu apud Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 29), afirmou que “o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de imperium”. Assim é que a supremacia da lei ganha força durante o período da Revolução Francesa, posto que cabia apenas ao Legislativo o poder de criar o direito, estando os juízes proibidos de interpretá-lo, mas tão somente aplicá-la, em conformidade com a legislação, que deveria ser clara o suficiente ao ponto de ser capaz de regular todas as situações conflitantes que chegassem ao conhecimento do Judiciário. No entanto, quando restasse alguma dúvida acerca de um conflito, ou na falta de Lei para regular determinado caso, este deveria ser levado ao Legislativo para que este autorizasse a interpretação incidente sobre o caso em questão.

É nesse cenário que nasce na França em meados de 1790 a “*Cour de Cassation*” (Corte de Cassação Francesa), que fora instituído com o objetivo de cassar as decisões judiciais que destoassem dos ditames do parlamento. O objetivo dessa corte era proteger a supremacia da Lei, sendo esta instituída, em primeiro plano, para cassar a interpretação incorreta. No entanto com o passar dos anos esse órgão passou a definir a interpretação correta para os casos que chegavam ao seu conhecimento, passando adquirir ainda um caráter de órgão jurisdicional (MARINONI, 2009, p. 32).

Por tais motivos é que a Lei, para a Revolução Francesa, seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. É também em razão disso que se via a certeza jurídica como elemento essencial diante de das decisões judiciais, haja vista que as decisões destoantes da Lei não se condiziam com os ideais revolucionários alhures expostos, tal como expõe Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 3):

A separação de poderes passou a ser vista como um pressuposto da concepção de Estado de Direito. No lugar de uma unidade, simbolizada pelo monarca, havia, agora, uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas. Uma forte conexão foi estabelecida entre a *lei escrita* e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.

Decorre daí a relação do *Civil Law* com a segurança jurídica, uma vez que manter o juiz preso à Lei seria sinônimo de segurança jurídica (MARINONI, 2009, p. 34). Desta forma, a certeza do direito consistiria na impossibilidade de interpretação da Lei por parte do juiz, ou seja, restaria a este apenas aplicar a Lei, sem que lhe fosse concedido o direito de interpretação

desta. Em virtude dessa certeza do direito, o povo poderia ter segurança jurídica e previsibilidade acerca das decisões judiciais.

É importante observar que o fenômeno da codificação no *Civil Law* teve grande relevância para garantir a segurança jurídica em virtude da veiculação da legislação e da proibição da interpretação desta pelos juízes, tal como expõe Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 32) quando relata acerca da experiência dos códigos na Prússia e na França:

O célebre Código prussiano, elaborado por Federico o Grande, continha mais de dezessete mil artigos, revelando o intento de regular todas as relações fáticas, por mais específicas que fossem. Do mesmo que o Código Napoleão – que tinha 2.281 artigos –, o objetivo de Federico foi o de fazer um direito à prova de juízes. Federico não se deu por contente com os dezessete mil artigos do Código, tendo também proibido os juízes de interpretá-los, e, do mesmo modo que a Lei Revolucionária Francesa de 1790, criou uma comissão legislativa a quem os juízes tinham o dever de recorrer em casos de dúvida sobre a aplicação da norma. O juiz que caísse na tentação de interpretar o Código incidiria na “grande ira” de Federico e sofreria severo castigo.

Uma vez que o direito fosse reduzido a lei escrita e estando os juízes proibidos de interpretá-la, esta poderia trazer certeza e segurança jurídica diante da previsibilidade quanto as decisões que seriam emanadas pelos tribunais. Esse é o entendimento de Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 105), o qual expõe que:

É bem verdade que a era das codificações representou, ao tempo em que reduzia o Direito a escrito, em termos de segurança jurídica, o “certificar de posições jurídicas face à arbitrariedade do Estado e à inovação jurisprudencial uma condição essencial da justiça no Estado de Direito”.

Para Hassemer, em decorrência das codificações, a segurança jurídica passou a significar, a um só tempo, que: (a) o comportamento dos tribunais passou a ser mais previsível, daí decorrendo que o cidadão podia estar mais bem preparado para a jurisprudência futura, podendo ler em livro quais os direitos com os quais podia contar; (b) a correção das ações dos tribunais passou a poder ser controlada de forma mais exata, supondo que essa correção estivesse na conformidade da lei.

Todavia, com o passar do tempo a experiência da supremacia da lei no *Civil Law* revelou-se prejudicial aos interesses da sociedade e aos princípios de justiça. Assim, era preciso pôr a lei em conformidade com tais princípios, o que foi feito através de sua inserção no texto normativo das constituições. Dessa forma é que a Lei, ao se confrontar com tais princípios, perde a sua supremacia e passa a se subordinar à Constituição, que é dotada de eficácia normativa.

É certo que o *Civil Law* passou por inúmeras transformações em sua concepção de direito e jurisdição através dos anos. Sendo assim, por esta nova relação do *Civil Law* com o constitucionalismo é possível dizer que, se o direito não está mais na Lei, mas sim na Constituição, que se apresenta como norma suprema, as atividades jurisdicionais não mais se

limitam a mera declaração da vontade da Lei, mas sim de conformá-la com os direitos e princípios constante na Carta Maior. Dessa forma, o juiz no *Civil Law* deixa de exercer o papel de *bouche de la loi*, para exercer o papel de controlador da constitucionalidade das leis, ultrapassando, neste sentido, a ideia da supremacia do Legislativo e chegando, inclusive, a se aproximado juiz do *Common Law*, sistema este que será melhor estudado a seguir (MARINONI, 39).

2.2 O *Common Law*: alguns aspectos da formação e evolução do sistema até os dias atuais

De forma diversa do que ocorreu na França e nos países que herdaram a tradição da família romano-germânica, a Inglaterra manteve-se afastada da influência de outros povos, não sofrendo nem mesmo com a retomada do interesse pelo estudo do Direito Romano a partir do Renascimento no Ocidente Europeu, nos séculos XII e XIII d. C, nem com o fenômeno da codificação que é uma característica do direito francês e dos outros países que pertencem à família de direito romano-germânica.

Segundo expõe René David (2002, p. 356), a história do direito inglês se divide em quatro períodos. O primeiro, denominado de período anglo-saxônico, compreende ao período anterior à conquista normanda de 1066; o segundo, que se estende do período que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors em 1485, compreende ao período de formação do *Common Law*, marcado como um sistema de direito novo e comum a todo o reino, que substituiu os costumes locais; o terceiro período que vai de 1485 a 1832, marcado essencialmente pelo desenvolvimento, ao lado do *Common Law*, de um outro sistema jurídico, denominado *equity*, que se manifesta através das “regras de equidade”; e por fim, o quarto período, que começa em 1832 e se estende até os dias atuais no período moderno, o qual é marcado pelo desenvolvimento sem precedentes da lei, fazendo com que o *Common Law* viesse a adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.

O período anglo-saxônico é o que antecede a conquista normanda na Inglaterra, marcado pela presença do domínio romano durante quatro século no país, o qual, contudo, não deixou grandes vestígios no território inglês. Dessa forma, a história do Direito na Inglaterra só começa na época em que cessa sobre esta o domínio romano, momento em que diversas tribos de origem germânica passaram a partilhar a Inglaterra. No entanto, o direito produzido nesta época é mal conhecido, tendo em vista que apenas regula aspectos muito limitados das relações sociais (DAVID, 2002, p. 357).

Assim, tem-se como marco fundamental para a formação do sistema do *Common Law* a conquista normanda na Inglaterra em 1066, que se constituiu como um acontecimento de extrema importância na história do direito inglês, posto que trouxe à Inglaterra a experiência administrativa da Normandia, pondo fim as tribos que coexistiam no país e cedendo espaço ainda para a implantação de uma sociedade feudalista e organizada. É importante que se compreenda como se deu a divisão de terras inglesas nesse período para que se compreenda os elementos que irão permitir a formação do *Common Law* (DAVID, 2002, p. 358).

Após a invasão normanda, Guilherme, o conquistador e soberano normando, procurou distribuir as terras inglesas de forma que não se formasse nenhum grande feudo, para que futuramente nenhum súdito pudesse rivalizar com ele em busca de poder. Dessa forma, em 1290 foi editada uma Lei na Inglaterra chamada de “*Estatuto Quia emptores*”, que proibiu qualquer tipo de “subenfeudação”, fazendo com que todos os senhores de terra dependessem diretamente do rei. É esse espírito de organização e disciplina do feudalismo inglês que permitirá a formação e desenvolvimento do sistema do *Common Law*, ou *comune ley* conforme falado na língua normanda daquela época, a partir da observação de um direito comum aplicado a toda a Inglaterra por meio dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como Tribunais de Westminster, que correspondia ao nome do local onde os tribunais foram estabelecidos naquela época. Dessa forma, os conflitos eram levados ao conhecimento dos Tribunais Reais de Justiça, cabendo ao rei exercer o papel de “alta justiça”, só vindo a tomar conhecimento de um litígio nos casos em casos excepcionais (DAVID, 2002, p. 358-359).

Sucedo que os Tribunais Reais de Justiça não detinham competência universal e nem mesmo estavam aptos à administração da justiça, razão pela qual numerosos casos ficavam sem solução justa, fazendo com que os particulares que não obtiveram acesso à justiça, ou ainda que se mostrassem insatisfeitos com as decisões proferidas pelos tribunais, procurassem diretamente o rei para que este promovesse a solução de seus problemas. Dessa forma, o recurso dos particulares era destinado ao rei, mas passava primeiramente pelas mãos do Chanceler, que transmitia ao rei após verificação da sua pertinência, para que este promovesse uma solução ao litígio (DAVID, 2002, p. 371).

Com o passar dos anos o Chanceler passou a desempenhar um papel de juiz autônomo, com autoridade estatuída pelo rei e seu Conselho, sendo que sua intervenção nos litígios é cada vez mais solicitada devido aos obstáculos impostos ao processo e aos juízes pelo *Common Law*, fazendo nascer com isso uma outra espécie de sistema jurídico na Inglaterra através das decisões emanadas pelo Chanceler, que ficou conhecido como *equity*, mediante o qual as decisões deveriam ser cada vez mais sistemáticas e levar em consideração a “equidade do caso

particular”, tornando-se ainda uma espécie de corretivo aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais, aproximando-se, inclusive, do Direito Romano e do Direito Canônico desenvolvido pelas demais famílias de direito do continente europeu, tal como expõe René David (2002, p. 373):

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência do *common law*. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais de *common law* e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as *Hundred* e as *County Courts*, quando os Tribunais de Westminster, então com todo o seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais.

Entretanto, é preciso dizer que diversos fatores contribuíram para que o desenvolvimento da *equity* enquanto sistema jurídico não se produzisse, tal como a resistência por parte dos juristas, que foi levada em consideração pelo soberano em razão da aliança que os tribunais do *Common Law* possuíam com o parlamento. Outro fator importante foi a má organização da jurisdição do Chanceler, e a morosidade com que este se insurgia para a resolução dos litígios. Contudo, ainda assim é possível observar a influência da *equity* para o *Common Law* se observarmos o caráter dualista presente no sistema de Direito Inglês, mediante o qual as regras derivadas dos Tribunais Reais de Westminster, também denominado de Tribunais de *common law*, passaram a conviver com as regras do *equity*, que buscou fornecer soluções de equidade para aquele (DAVID, 2002, p. 373).

A partir do século XIX, já no período moderno, é possível observar uma grande transformação no Direito Inglês, marcado sobretudo pelo avanço das ideias democráticas e pela influência de um grande jurista inglês, Jeremy Bentham. Deste ponto em diante a um desenvolvimento sem precedentes da legislação como outra fonte de direito, que promove uma reforma e modernização no Direito Inglês, extraído deste os entraves e formalismo do processo e permitindo ainda que os juristas ingleses caminhem rumo a uma sistematização na qual as decisões poderão ser reagrupadas. Nesse sentido expõe Jonh Gilissen (1995, p. 215):

Embora a legislação fosse considerada, na Inglaterra, secundária em relação à jurisprudência – apesar da composição cada vez mais democrática do Parlamento – ela conheceu no século XIX, e sobretudo no século XX, um desenvolvimento notável. Foi por via legislativa (*statutes* de 1832-1833 e de 1873-1875) que foram introduzidas reformas profundas na organização dos tribunais e, por conseqüência, no processo e nas relações entre *common law* e *equity*.

Referida organização judiciária promovida na Inglaterra entre 1873-1875 por meio dos *Judicature Acts* serviu ainda para suprimir a distinção formal que até então existia entre os tribunais de *Common Law* e dos tribunais de *equity* de Chancelaria. A partir de então todas as

jurisdições inglesas passaram a possuir competência para aplicar de mesmo modo as regras do *Common Law* e do *equity*.

No entanto, apesar de tamanhas mudanças que se promoveram nessa época e da crescente importância que se deu a legislação no país, a Inglaterra até hoje permanece sem constituição e sem códigos, na qual o *constitutional law* baseia-se nos costumes e precedentes, não existindo nenhum texto que reúna o conjunto de regras de direito constitucional do país (GILISSEN, 1995, p. 216). Assim expõe René David (2002, p. 378):

A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez o direito inglês perder o seu aspecto tradicional: não intervém nesta obra nenhuma codificação concebida à maneira francesa, e o desenvolvimento do direito inglês mantém no essencial a obra dos tribunais; o legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo.

Já no século XX a Inglaterra vê o desenvolvimento de outra corrente que substituiu as ideias liberais que predominaram no país até o ano de 1914. Prevalece, então, a corrente do “*Welfare State*” (“Estado Social” ou “Estado do bem-estar social”) que põe em crise o sistema do *Common Law*, tendo em vista que este, baseado nos processos de elaboração casuística e jurisprudencial, parece não ser compatível com o novo modelo de Estado que exige transformações cada vez mais profundas e rápidas na sociedade (DAVID, 2002, p. 378).

Ademais, a administração pública produz cada vez mais decretos e regulamentos que adquiriram uma importância cada vez maior para o Direito Inglês, promovendo, inclusive, uma aproximação com o continente europeu, o que é estimulado devido à necessidade do comércio internacional e favorecido por uma nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental, especialmente depois da entrada do Reino Unido na Comunidade Econômica Europeia (DAVID, 2002, p. 379). Contudo, com o anúncio da saída do Inglaterra da Comunidade Econômica Europeia no ano de 2016, é possível que novamente o sistema jurídico do *Common Law* inglês passe por algumas modificações, tal como as que se sucederam através dos anos desde a formação do sistema, mas isso só o tempo poderá dizer.

2.3 As regras do *stare decisis*

A teoria do *stare decisis* deriva do direito inglês, tal como expõe o jurista americano Edward D. Re, cuja expressão é uma abreviação da máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido”. A doutrina

do *stare decisis* está enraizada na política do *Common Law* que garante que um princípio de Direito deduzido de uma decisão judicial será considerado e aplicado em casos futuros similares. Em essência, essa política se refere a possibilidade de que casos similares sejam decididos da mesma maneira, por meio do princípio de observação obrigatória dos precedentes³ (RE, 1975, p. 1-2).

Apesar de não existir na Inglaterra uma Constituição e Códigos, é certo que o Direito Inglês é formado essencialmente pelas decisões proferidas pelas Cortes Reais, de *Common Law* ou *equity*, que criaram seu sistema jurídico de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era “razoável” consagrar. De mesmo modo, é possível dizer ainda que o desenvolvimento do direito inglês só foi possível, desde épocas mais remotas, devido a existência de coletâneas de jurisprudência e devido ao fato de que os juízes sempre buscaram levar em consideração o respeito e consideração à “regra dos precedentes” (*rule of precedent*) que existe no país (DAVID, 2006, p. 12).

A regra do precedente foi instituída pelos juízes ingleses (*stare decisis*) como um corolário lógico de um sistema jurisprudencial, mas somente se manifestado e estabelecido depois da segunda metade do século XIX, impondo a estes a observação das regras criadas por seus predecessores. Até esta época sempre existiu a preocupação de se manter a coesão da jurisprudência, porém não se havia adotado o princípio da observação obrigatória dos precedentes. Tal regra só foi possível graças à tendência legalista que se instalou na Inglaterra no século XIX, através dos *Judicature Acts* e da sistematização da hierarquia judiciária, que conduziu o país à submissão da regra dos precedentes (DAVID, 2002, p. 428).

Na Inglaterra a regra dos precedentes teve três importantes proposições que explicam como se deu a observação obrigatória dos precedentes, conforme dispõe René David (2002, p. 429):

1º. – As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º. – As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º. – As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor

³ “The doctrine, from *stare decisis et non quieta movere*, “stand by the decision and do not disturb what is settled”, is rooted in the common law policy that a principle of law deduced from a judicial decision will be considered and applied in the determination of a future similar case. In essence, this policy refers to the likelihood that a similar or like case arising in the future will be decided in the same way”, conforme expõe o jurista americano Edward D. Re, em “*Stare Decisis*” (1975, p. 1-2).

de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*.

Dessa forma, é possível perceber que os únicos precedentes obrigatórios que devem ser observados por todas as jurisdições são aqueles emanados pelos tribunais superiores. As demais decisões proferidas pelos tribunais ordinários não possuem o status de precedentes obrigatórios, visto que não obrigam todas as jurisdições, apenas as inferiores a estes.

Disto se infere, ainda, o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual “uma decisão proferida pelo mais alto tribunal em qualquer jurisdição é vinculativa para todos os tribunais inferiores na mesma jurisdição⁴” (CAPPELLETTI, 1984, p. 80).

De outro modo, é importante salientar que a técnica inglesa, diferente de outros sistemas jurídicos, como o *Civil Law*, por exemplo, não visa a “interpretação” de fórmulas de caráter geral emanadas pelo legislador. O jurista inglês, nesse ponto, usa essencialmente a técnica de “*distinction*”, ou “técnica das distinções”, que permite a este, utilizando-se uma série de precedentes fornecidos pelas decisões judiciárias, buscar uma solução para o novo caso a ele submetido, fazendo a devida distinção com as similitudes de cada caso. Nesse sentido doutrina René David (2006, p. 14):

A técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir extrema rigidez. Para apreciar com realismo a situação, não esqueçamos que, logo após a codificação francesa, certos autores viram nessa codificação o perigo de um estancamento imposto à evolução de nosso direito. Doutrina e jurisprudência souberam evitar esse perigo, recorrendo a fórmulas variadas, flexíveis, de interpretação dos textos. Graças à técnica das distinções que lhes é própria, os juristas ingleses podem conviver com a regra do precedente rígida em tese.

Através da técnica das distinções o jurista inglês analisa as razões das decisões judiciais em busca de apoio para as suas próprias decisões. Nesse sentido, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, ou “fundamentos determinantes da decisão”, e aquilo que constitui o *obiter dictum*, ou seja, as razões expostas de passagem e sem necessidade para à solução do litígio. Aquilo que se constitui como *ratio decidendi* é a regra jurisprudencial que, uma vez incorporada ao direito inglês, deve ser observada no futuro. Já o que constitui o *obiter dictum* não possui a mesma autoridade. (DAVID, 2002, p. 430).

⁴ “(...) a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction”, conforme expõe Mauro Cappelletti, em “O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado” (1984, p. 80).

É importante que se faça uma observação em relação ao funcionamento da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos, que também adota o sistema do *Common Law*, mas que possui uma certa particularidade devido à estrutura federal do país: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões, tal como ocorre na Inglaterra. Nesse sentido, a regra do *stare decisis* somente funciona em relação às matérias de competências dos Estados, de acordo com a hierarquia das jurisdições destes (DAVID, 2002, p. 490).

Dessa forma, conclui-se que a teoria do *stare decisis* convive bem com o sistema do *Common Law* devido ao seu desenvolvimento histórico, que se deu através das experiências jurídicas baseadas no costume e no direito jurisprudencial, e principalmente na importância que se deu às decisões judiciais nos países que adotam referido sistema jurídico.

2.4 Breve resumo expositivo acerca das principais diferenças entre o sistema do *Civil Law* e do *Common Law*

Conforme exposto acima, é no final da Idade Média com o renascimento no Ocidente Europeu que é possível observar a criação da família de direito romano-germânica, ou família do *Civil Law*, com o despertar do interesse pelo estudo do Direito Romano a partir das universidades europeias. Contudo, a influência dos estudos pelo Direito Romano só foi considerável no Sul e na região da Alsácia, que já dispunham de um direito escrito, ficando limitada no Norte, na região dos costumes. (DAVID, 2006, p.2).

Nesse sentido, pela promulgação de códigos, o legislador francês buscou a uniformização e sistematização do direito, através do sistema racional desenvolvido pelas universidades com base no direito romano. Contudo, esse fenômeno de renascimento do estudo do direito romano só produziu grandes mudanças na França e demais países que já utilizavam o direito escrito, permanecendo puramente acadêmico na Inglaterra, que permaneceu fazendo uso de suas regras tradicionais, tal como assevera Jonh M. Kelly (2010, p. 233):

Esses foram os séculos em que se formou o caráter dos posteriores sistemas jurídicos da Europa; foi aí, sobretudo, que surgiu a grande divisão do mundo jurídico civilizado em duas famílias, a do *civil law* ou direito de raiz predominantemente romana e a do *common law*. O fundamento essencial da divisão foi a penetração das jurisdições da Europa continental pelo direito romano, o *ius civile* na língua romana; e, por outro lado, a incapacidade do direito romano de penetrar permanentemente o universo jurídico inglês, que perpetuou as regras tradicionais nativas; estas, aplicadas uniformemente em todo o reino por um único corpo de juizes, foram, por essa razão, denominadas coletivamente *common law*, direito comum.

Dessa forma, o direito dos países que utilizam o *Common Law*, em sua maioria, não é codificado tal como o é nos países que adotam o *Civil Law*. Não há na Inglaterra os códigos que são encontrados na França, por exemplo, sendo que a concepção de direito que é sustentada pelos ingleses é essencialmente jurisprudencial, cujas regras processuais e materiais elaboradas pelas Cortes Reais quando da solução dos litígios (DAVID, 2006, p. 3).

De mesmo modo, o sistema do *Common Law* é baseado ainda na grande importância que se dá as decisões judiciais e que futuramente servirão como precedentes de observação obrigatória para a resolução de casos similares. Dessa forma, o sistema jurídico inglês busca a segurança jurídica através da sistematização de sua jurisprudência, que se mantém uniforme para a resolução dos litígios.

O *Civil Law*, de outro lado, tal como exposto acima, representa a família dos direitos codificados através do qual os juristas utilizam a técnica de interpretação das fórmulas que são geradas pelo legislador por meio das leis.

Uma das principais características do sistema do *Civil Law* consiste no fato deste estar ligado em sua essência ao Direito Romano e ter mantido, ao longo de sua evolução, o objetivo de regular as relações entre os cidadãos através dos princípios do direito civil, que constitui a base deste sistema jurídico (DAVID, 2002, p. 23).

O sistema do *Civil Law* utiliza-se do fenômeno da codificação para regular tanto os ditames do direito material quanto processual, sendo que nesse caso cabe aos juristas Civilista apenas o papel de aplicação do direito de acordo com o caso concreto, sendo vedado a estes o poder de criar o direito, tal como ocorre no sistema do *Common Law*. Dessa forma, as decisões proferidas nesse sistema apenas buscam aplicar a Lei ao caso em litígio, por meio da interpretação de leis e códigos.

Nesta senda, desde a Revolução Francesa o sistema do *Civil Law* busca garantir liberdade, igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados por meio da premissa de que, uma vez que o direito fosse reduzido a lei escrita, estando ainda os juízes proibidos de interpretá-la, esta poderia trazer certeza e previsibilidade quando as decisões emanadas pelos tribunais. Ou seja, enquanto o sistema do *Common Law* busca a sua segurança jurídica por meio da sistematização e uniformização de seus julgados, o *Civil Law*, por outro lado, busca na aplicação dos ditames da lei e dos códigos ao caso concreto.

Conduto, há que se observar um ponto de aproximação entre os dois sistemas a partir do momento em que, no *Civil Law*, o princípio de supremacia da lei revela-se prejudicial aos interesses da sociedade e aos princípios de justiça, passando a Lei a se subordinar à Constituição. Dessa forma, é possível dizer que o constitucionalismo deu outro papel ao *Civil*

Law, vez que agora as atividades jurisdicionais não mais se limitam a mera declaração da vontade da lei, mas sim buscam a conformidade da Lei com os direitos e princípios fundamentais da constituição (MARINONI, 2009, p. 38).

3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, busca garantir a estabilidade e uniformidade das decisões proferidas pelos tribunais pátrios, evitando ainda que haja posicionamentos diferentes e incompatíveis nos tribunais a respeito de uma mesma norma jurídica. Assim, através de mecanismos que permitem a vinculação das decisões, tais como as súmulas vinculantes e os incidentes de demandas repetitivas, cabe aos tribunais superiores proferir decisões que sejam observadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma a concretizar os princípios da legalidade e isonomia, proporcionando ainda maior segurança jurídica aos jurisdicionados, tal como dispõe a exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil (2015, p. 29):

Por outro lado, haver, indefinitivamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que os jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se as regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais extraordinários repetitivos (que já foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Contudo, é preciso ter cuidado com a instituição do sistema de precedentes, uma vez que, tendo sido instituído por uma Lei, e adquirindo ainda caráter normativo, é possível que haja problemas quanto à aplicação dos precedentes de forma puramente mecânica e sistemática. Dessa forma, qualquer enunciado jurisprudencial que seja emanado pelos tribunais superiores deve ser interpretado e aplicado ao caso concreto levando-se em consideração as razões determinantes do julgados (*ratio decidendi*) que levaram à sua formação, a fim de evitar a instituição de uma nova forma de poder, a juristocracia, incorrendo em violação aos princípios constitucionais da separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal (THEODORO JÚNIOR et al, 2015, p. 299).

Assim, o Novo Código de Processo Civil traz em alguns de seus dispositivos, os quais serão analisados a seguir, inovações que permitirão a implementação do sistema de precedentes

vinculantes obrigatórios no Brasil, através da uniformização e estabilidade das decisões proferidas pelos tribunais superiores, que deverão ser observadas pelos tribunais inferiores.

3.1. Dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil que dispõem acerca das principais inovações e mudanças com relação as formas de julgamento e os precedentes judiciais

Dispõe o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil que “os tribunais devem organizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Dispõe ainda o parágrafo primeiro do artigo supramencionado que “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante”, e o parágrafo segundo que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, Theodoro Júnior et al (2015, p. 304) associa a noção de integridade e coerência disposta no artigo 926 do Novo Código de Processo Civil com a concepção teológica de Ronald Dworkin, quando este ensinou que o Direito deve ser analisado como um romance em cadeia, ou seja, atentando-se para as virtudes da integridade e da coerência quando da decisão de um caso novo, deve-se entender este como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual seu passado (decisões passadas e entendimentos doutrinários) deve ser levados em consideração para continuidade e coerência do sistema.

Esse dispositivo visa ainda a aplicação justa do Direito por meio da interpretação e o respeito às decisões vinculantes proferidas pelos tribunais superiores, de modo que os juízes apliquem no caso concreto, fazendo a devida distinção, os fundamentos levados em consideração quando da formulação dos precedentes. Nesse sentido expõe Theodoro Júnior et. al (2015, p. 305):

O Juiz, assim, *não pode ser só a boca da jurisprudência* (como já o fora da lei, no tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. Isso, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a prática do *common law* de que se diz estar buscando inspiração.

Isto significa que o uso do direito jurisprudencial não permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador (*confirmatio bias*), de acordo com suas preferências, é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade.

Tal dispositivo visa ainda a preservação da integridade, uniformidade e estabilidade da jurisprudência, por meio do qual os tribunais superiores devem fornecer diretrizes aos demais órgãos jurisdicionais, para que haja a aplicação dos enunciados sumulados através dos precedentes que lhe deram formação.

Nesse sentido, o artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, em complemento aos princípios da uniformização da jurisprudência disposto no artigo 926, trata do rol de precedentes que devem ser observados pelos juízes e tribunais, visto que “nem todas as decisões formam, precedentes vinculantes”, conforme dispõe o enunciado nº 315 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015). Nesse sentido, seguem abaixo as hipóteses elencadas pelo referido artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Destaca-se que o dispositivo transcrito acima trata-se de um rol de decisões que podem vir a ser precedentes e que deverão ser observados pelos tribunais pátrios. Assim, o inciso I do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil confere força obrigatória aos precedentes do Supremo Tribunal Federal produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade. Importante observar que, na verdade, tal dispositivo não trata de uma inovação com relação a matéria em questão, uma vez que esta já havia sido regulada pela Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 102, § 2^a, o qual dispõe que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse sentido, a vinculação decorre do fato de que, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição constitucional, sendo que nestes casos o Poder Público não

está vinculado à *ratio decidendi*, nome dado à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado, mas sim à norma jurídica que fora estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no dispositivo da decisão que resolver a ação de controle concentrado de constitucionalidade (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 464).

Os incisos II e IV, a seu turno, tratam-se dos precedentes cuja *ratio decidendi* for transformada em enunciado de súmula. Nesse aspecto, a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil em seu artigo 927, inciso IV, é que atribuiu-se força obrigatória à todos os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, e, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Isso não quer dizer que sejam súmula vinculantes, haja vista que esta só é formulada pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria de ordem constitucional, tal como dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal.

Por sua vez o inciso III discorre sobre a observação dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, disciplinado pelo artigo 947 do Novo Código de Processo Civil, bem como nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, que é disciplinado pelos artigos 976 a 987 do referido código, e ainda do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e que consiste em verdadeira inovação trazidas ao nosso ordenamento jurídico. Com isso, nestas hipóteses, ocorrerá uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios, que também podem ser formados difusamente (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 465).

A inovação trazida com a previsão dos incidentes processuais referidos acima, principalmente os que se dão em casos de demandas repetitivas, visa a solução de casos de casos de massa ou de casos idênticos que se multiplicam pelo judiciário, e ainda proporcionar um julgamento igualitário aos processos que tenham por objeto uma mesma questão de direito, uma vez que o objetivo é que a orientação jurisprudencial sobre referida matéria deva encontrar-se sedimentada.

Por fim, o inciso V prevê a obrigatoriedade de observação de orientação do plenário ou de órgão especial aos quais estiverem vinculados, sendo que Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p.466) prevê dois tipos de vinculação, quais sejam:

Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte.
 Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior (juízos e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados.

Isso importa dizer que: os precedentes do Supremo Tribunal Federal, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros; o entendimento consolidado no plenário e órgão especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, vinculam o próprio Superior Tribunal de Justiça, bem como os Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e juízes federais e estaduais a ele vinculados; o entendimento consolidado no plenário e órgão especial do Tribunal Regional Federal vinculam o próprio Tribunal Regional Federal e os juízes a ele vinculados; e, por fim, o entendimento consolidado no plenário e órgão especial do Tribunal de Justiça vinculam o próprio Tribunal de Justiça e os juízes a ele vinculados (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 467).

Nesta senda, é possível dizer que o Novo Código de Processo Civil institui o que Daniel Mitidiero (2015, p. 342) acredita tratar-se do *stare decisis* horizontal, uma vez que por meio da unidade e uniformização da jurisprudência, tanto os tribunais superiores quanto dos demais tribunais pátrios deverão ter respeito pela sua própria jurisprudência. Assim, uma vez verificado o respeito aos seus próprios precedentes, é possível em seguida a compatibilização do *stare decisis vertical*, ou seja, pelos juízes e tribunais, aos precedentes firmados pelas cortes superiores, nos termos do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil.

3.2. Da dinâmica do precedente no Novo Código de Processo Civil

3.2.1 Do processo de formação e da importância da *ratio decidendi* (Art. 489 do Novo Código de Processo Civil)

Consoante a doutrina pátria, “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., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 441).

Nesse sentido, Cruz e Tucci apud Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 441) informam que o precedente é composto essencialmente de duas partes distintas, quais sejam: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

A *ratio decidendi* consiste nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a hermenêutica adotada na sentença, que formaram os elementos necessários para que o Juiz pudesse decidir o caso. Nesse mesmo sentido expõe Daniel Mitidiero (2015, p. 343-344):

A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz.

Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.

O direito à fundamentação das decisões judiciais há muito já se encontra sedimentado em nosso ordenamento jurídico, conforme disposto no artigo 93, inciso XI, da Carta Magna, o qual expõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Contudo, não há que se confundir a *ratio decidendi*, tal como é encontrada no sistema do *Common Law*, com o dever de fundamentação que encontramos em nosso sistema processual pátrio, tal como expõe Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 811):

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

Assim é que a fundamentação não deve ser confundida com a *ratio decidendi*, posto que aquela diz respeito ao caso particular, enquanto que esta refere-se à unidade do direito, a tese jurídica que foi firmada a partir do julgamento de uma questão de direito e que, possuindo caráter geral, poderá ser aplicada a outras situações concretas. Um exemplo para melhor compreensão do assunto foi exposto por Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 442), senão vejamos:

O art. 700 do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior.

Ou seja, a partir da tese jurídica (*ratio decidendi*) de caráter geral formada a partir do julgamento de um caso concreto é que foi possível a criação dos precedentes incorporados nas súmulas n° 299 e 247 do Superior Tribunal de Justiça, e que servirão de diretriz para a resolução de demandas semelhantes.

Impõe salientar que o processo de identificação e aplicação de uma precedente ao caso concreto deriva de interpretação, por parte do julgador, do material constante da decisão. Dessa forma, faz-se necessário ainda fazer uma distinção da parte que interessa ao julgador (*ratio decidendi*), da parte que contém os argumentos jurídicos ditos de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo secundário, a qual a doutrina convencionou chamar de *obiter dictum*, e que não se constitui como proposição necessária para a solução da questão (MITIDIERO, 2015, p. 344).

Porém nesse ponto, embora o *obiter dictum* não seja relevante ao precedente, de outro lado também não é desprezível, visto que pode ser utilizado em uma futura orientação do tribunal, ou, através do voto vencido (exemplo de *obiter dictum*), pode ser utilizado como argumento para a interposição de recurso. De outro lado, o *obiter dictum* pode ser importante ainda para uma futura tentativa de superação de precedentes (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 446), conforme será exposto nos tópicos a seguir.

Note-se que o antigo Código de Processo Civil de 1973 se limitou a definir a fundamentação como parte dos requisitos essenciais da sentença, conforme dispunha o artigo 458, inciso II, do código revogado. Assim, era na parte da fundamentação que o Juiz analisaria as questões de fato e, a partir daí, aplicaria a norma cabível ao caso concreto.

Contudo, outra grande inovação trazida ao nosso ordenamento jurídico com o Novo Código de Processo Civil foi que este conferiu grande importância à fundamentação das decisões judiciais. Logo de início, inserido no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil, o artigo 11 do referido código processual dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Adiante, o artigo 489, parágrafo 1º, do novel código processual brasileiro vai além do que dispunha o código anterior, que tratava da questão de forma genérica, e dispõe sobre a preocupação do legislador em delimitar o que não considera uma decisão fundamentada de forma bem específica, vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

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

- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O inciso I do artigo supratranscrito dispõe acerca da vedação de que o Juiz apenas indique ou reproduza textos de atos normativos, devendo este explicar o motivo que o levou a aplicar a norma ao caso concreto, indicando ainda a sua relação com a questão discutida. Assim, não se considera fundamentada a sentença que meramente transcrever o texto normativo sem explicitar a relação desta com o caso concreto.

Já o inciso II dispõe acerca da vedação de se aplicar conceitos jurídicos abstratos sem relacionar o motivo de sua incidência sob o caso em litígio. Assim, a qualificação jurídica que rege o fato deve ser explicitada de acordo com o caso em discussão, para que se evite a aplicação de conceitos jurídicos de maneira meramente generalizada, que poderiam ser utilizados em qualquer outro caso litigioso.

No que tange ao inciso III, assim como o inciso I, este visa a vedação de que sobre a sentença judicial se invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, tendo em vista que cada caso deve ser individualizado, tanto no que concerne a aplicação da norma quanto em relação aos motivos que justificam a aplicação da mesma sobre o caso concreto.

Em relação ao inciso IV temos que este impõe ao julgador o dever de enfrentar todas as teses e matérias deduzidos no processo e que poderão mudar a conclusão adotada pelo mesmo. Ou seja, o Juiz possui o dever de se pronunciar sobre cada uma das matérias aduzidas pelas partes no processo para que não haja omissões sobre determinadas questões que poderão influenciar na decisão do julgador.

Os incisos V e VI, ao seu turno, guardam íntima relação com a *ratio decidendi*. O inciso V implica dizer que, quando da fundamentação da sentença, o julgador não pode apenas invocar o precedente ou súmula sem demonstrar seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e os motivos pelo qual este se amolda ao caso em julgamento. Ou seja, é a utilização da *ratio decidendi* de um precedente para a solução de um caso concreto, o que, contudo, não pode ser feito sem a identificação e demonstração das similitudes que ligam o caso com a decisão dotada de caráter vinculante, conforme expõe Daniel Mitidiero (2015, p. 345):

Essa é a razão pela qual o art. 489, §1º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica. Isso quer dizer que há dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente. Essas práticas são essenciais para evitar o risco de o sistema de precedentes se desvair em um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de “boca da jurisprudência”.

O inciso VI, a seu tempo, dispõe que o julgador não pode deixar de observar o precedente, súmula ou jurisprudência invocada pela parte, sem que este demonstre a distinção do caso em julgamento para com a tese jurídica firmada no precedente, ou a superação do mesmo. Isso implica dizer que o julgador não pode afastar o precedente sem a devida motivação e exposição dos motivos pelas que considerada que este não deva ser aplicado ao caso em julgamento. Sobre esse tema, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 475), ao disporem acerca do princípio da “inércia argumentativa” informam que:

Daí falar em um princípio da “inércia argumentativa”, como a norma que:
 a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante do caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se que não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e § 1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, § 1º, VI, CPC;

Do mesmo modo preceitua o parágrafo 2º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, ao dispor que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Ou seja, não mais é possível que o julgador faça o afastamento de normas sem a especificação e justificação dos motivos que o autorizaram a tanto no julgamento do caso concreto, sendo que não é válida a mera afirmação de princípios jurídicos, tais com proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, o parágrafo 3º do referido artigo expõe ainda que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”, o que significa que o precedente deve ser analisado em todas as suas partes, não apenas no que interessa ao deslinde da *lide*, em conformidade ainda com com o princípio da boa-fé.

Por todo o exposto, infere-se que o artigo 489 traz importantes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor sobre a importância da motivação dos atos decisórios e sobre a fundamentação das decisões judiciais, que não mais deve ser feita de forma meramente genérica com a reprodução de normas jurídicas, súmulas ou precedentes, sem que se explique

o porquê de sua aplicação sobre o caso concreto. Isso importa dizer ainda que a fundamentação no Novo Código de Processo Civil deve ser compreendida ainda com objeto de criação e identificação da *ratio decidendi* dos precedentes, importando ainda em maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

3.2.2 Da técnica de confronto e distinção no Novo Código de Processo Civil: *distinguishing*

Consoante exposto anteriormente, o Novo Código de Processo Civil dispõe em seu artigo 489, inciso VI que não se considera fundamentada aquela decisão 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”.

Pois bem, estando o julgador vinculado aos precedentes judiciais, na forma em que dispõe o artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, o primeiro passo deste deve ser verificar se o caso em julgamento mantém semelhança com os precedentes. Assim, o julgador deve utilizar o método de comparação para verificar se os elementos do caso concreto guardam relação com os elementos que compõem o precedente. Caso haja aproximação, o julgador então passa para a etapa que consiste na análise da *ratio decidendi* do precedente, para que este seja aplicado sobre o caso em julgamento.

É ainda na fase de comparação que se aplica a técnica do *distinguishing* (técnica de distinção), para determinar se a aplicação do precedente é válida sobre o julgamento do caso concreto ou não. Sobre a técnica do *distinguishing*, Didier Jr. Braga e Oliveira expõem que:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando há *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Sobre o mesmo tema discorre Daniel Mitidiero (2015, p. 346) que:

Em primeiro lugar é preciso saber que quando um precedente é aplicável para solução de uma questão e quando não é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a *mesma questão* ou se é *semelhante*, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem *particularidades fático-jurídicas não presentes* – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de *distinguir* o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*).

Assim, é por meio da técnica de *distinguishing* que o julgador fará a análise de distinções existentes entre o caso concreto e o precedente, seja por meio das particularidades ou circunstâncias fáticas presentes em ambos os casos, que impossibilitarão a aplicação da tese jurídica (*ratio decidendi*) contida na decisão vinculante sobre o caso em julgamento.

Nesse sentido, após a verificação de distinções entre o caso em julgamento e o precedente, o julgador poderá seguir dois caminhos: I – dar à *ratio decidendi* interpretação restritiva, haja vista que as particularidades do caso impedem a aplicação do precedente, oportunidade em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI e artigo 927, parágrafo 1º do Novo Código de Processo Civil; II – ou aplicar a *ratio decidendi* sob o caso em julgamento por entender que as particularidade do caso concreto não impedem a aplicação da tese jurídica formulada no precedente, nos termos do que dispõe o artigo 489, parágrafo 1º, inciso V e artigo 927, parágrafo 1º do Novo Código de Processo Civil (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 491).

Tal entendimento foi inclusive consolidado no enunciado nº 306 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, realizado em maio de 2015, o qual dispõe que “o precedente não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso em julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

Infere-se ainda, pela leitura do enunciado nº 174 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, que “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”. Ou seja, a técnica do *distinguishing* pode ser aplicada em qualquer instância pelo julgador, a fim de este verifique se os elementos do caso em julgamento guardam relação com os elementos que compõem a tese jurídica firmada no precedente, devendo o mesmo formular a devida fundamentação que explique a não incidência da norma vinculante sobre o caso em litígio, se assim o for.

A exemplo do que se expõe, convém analisar a aplicação da técnica do *distinguishing* pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 179.971 – PR (2012/0103940-7), que entendeu pela não aplicação do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 631.240 – MG com repercussão geral, face a ausência de similitude fática entre o caso em julgamento e o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Melhor explicando, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240 – MG, com repercussão geral, que versava sobre a concessão de benefícios previdenciários por meio

de ações judiciais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, nas ações ajuizadas até a conclusão do julgamento, que se deu em 03/09/2014, a ausência de prévio requerimento administrativo não implicaria na extinção do feito, e ainda que, caso o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS já houvesse apresentado contestação de mérito ao processo, estaria caracterizada o interesse de agir pela resistência à pretensão, sendo que as demais ações que não se enquadrassem nessas hipóteses deveriam ser sobrestadas e o autor intimado para que providenciar o devido requerimento administrativo no INSS dentro do prazo legal, conforme segue disposto no item 6 e 7 da ementa do julgado transcrita abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação

administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.
(STF - RE: 631.240 MG - MINAS GERAIS. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Data de Julgamento: 27/08/2014. Data de Publicação: DJe 10/11/2014)

Observa-se que no caso transcrito acima o precedente foi firmado nos autos de um Recurso Extraordinário interposto contra acórdão de Apelação julgado pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que por sua vez havia sido interposta contra sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que a ausência de prévio requerimento administrativo importaria em ausência de pretensão resistida que descaracterizaria o interesse de agir do postulante.

Contudo, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº N° 179.971 – PR (2012/0103940-7), o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da técnica do *distinguishing*, entendeu pela não aplicação do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 631.240 – MG, cuja ementa fora transcrita acima, diante da falta de similitudes fáticas entre ambos os casos, haja vista que no caso em questão houve julgamento de mérito pela instância ordinária, e que, inclusive, já havia decidido pela implantação do benefício previdenciário ao postulante, conforme segue pela transcrição da ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO ADOTADA NO RE 631.240/MG. TEORIA DAS DISTINÇÕES (*DISTINGUISHING*).

I – Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, *ex vi* art. 102, III, da Constituição da República.

II – A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 1.369.834/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC (TEMA 660), alinhou sua jurisprudência ao que foi decidido no RE n. 631.240/MG, sob o rito do artigo 543-B do CPC, pelo Supremo Tribunal Federal (TEMA 350).

III – Afasta-se a aplicação da orientação adotada no RE 631.240/MG no caso em que houve julgamento com resolução de mérito na instância ordinária e determinada a implantação do benefício previdenciário, face à ausência de similitude fática, em observância à teoria das distinções (*distinguishing*), porquanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foi firmado em ação na qual não houve julgamento com resolução de mérito.

IV – A anulação do acórdão e da sentença, com a reabertura da discussão de mérito, não se apresenta razoável, na medida em que o INSS teve a oportunidade de analisar e manifestar-se tecnicamente sobre o caso, à luz das provas produzidas, e ficou-se inerte, limitando-se a defender a ausência de interesse de agir.

V – Manutenção da decisão agravada por fundamento diverso.

VI – Agravo Regimental improvido.

(STJ - AgRg no AREsp: 377316 MG 2013/0246507-0. Relator: Min. REGINA HELENA COSTA. Data de Julgamento: 17/03/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 24/03/2015). Grifo no original.

Assim, ao aplicar a técnica do *distinguishing* sobre o caso em questão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não aplicação do precedente vinculante ao caso em questão, posto que se estava diante de uma situação inédita e que trazia consigo hipóteses fáticas não abrangidas pela tese jurídica firmada no precedente.

Dessa forma, conforme exposto, o *distinguishing* consiste na técnica que permite no confronto e distinção do caso em julgamento com o precedente, a fim de verificação se há aproximação entre ambos que permita a aplicação da decisão vinculante, ou se é o caso de afastamento do precedente por não haver similitudes entre os elementos fundamentais constantes em ambos os casos.

3.2.3 Da técnica de superação ou revogação do precedente no Novo Código de Processo Civil: *overruling* e *overriding*

Outra hipótese para afastamento do precedente, súmula ou jurisprudência, conforme expõe o inciso VI do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, são as técnicas do *overruling* ou *overriding*, que permitem a superação ou revogação do precedente.

Nesse sentido, com relação ao *overruling*, temos que este consiste na técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente, sendo que o próprio tribunal que firmou a tese jurídica consagrada no precedente pode mudar seu entendimento e abandonar o precedente em julgamento futuro (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 494).

Referida técnica de superação do precedente é permitida ainda no ordenamento jurídico brasileiro em virtude do parágrafo 4º do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, o qual expõe que:

Art. 927. Omissis

(...)

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

Com relação ao surgimento do termo *overruling*, temos que este se deu no direito inglês a partir de uma resolução, o *Practice Statement of Judicial Precedent*, que permitia a

possibilidade de correção de erros de julgamentos passados, conforme expõe José Rogério Cruz e Tucci apud Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 494):

A Câmara dos Lordes inglesa assentou, no julgamento do caso *Bright v. Hutton*, em 1852, a possibilidade de corrigir eventuais erros cometidos no passado, alterando-se a orientação do precedente então criado. Essa prerrogativa, porém, somente foi exercida mais de um século depois, em 26 de julho de 1966, quando se editou uma resolução (o *Practice Statement of Judicial Precedent*) que autorizava o que então passou a ser chamado de *overruling*. No entanto, o primeiro caso de *overruling* de que se tem registro ocorreu em 1968 e, nada obstante a importância da sua existência para a saúde da teoria do *stare decisis*, poucos foram os exemplos que lhe seguiram no direito inglês. Mostra-se mais comum no direito norte-americano.

Nesse sentido, no sistema americano existem três razões aceitas na qual um precedente estará sujeito a *overruling* pela Suprema Corte norte-americana, quais sejam: (1) quando é tomada uma decisão posterior que torna o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente se revela impraticável, ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente existentes na sociedade (MEDINA, FREIRE e FREIRE, 2013, p. 689).

Assim, percebe-se uma aproximação de nosso sistema jurídico brasileiro com o norte-americano em virtude do enunciado nº 322 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC, que expõe que “a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Explica-se a superação do precedente quando ocorrer mudança de entendimento jurisprudencial, mudança na legislação em que se baseou a construção da tese jurídica aplicada ao precedente, ou quando a argumentação jurídica utilizada no precedente se mostrar desatualizada diante das mudanças ocorridas na sociedade. Assim, verifica-se ainda a aplicação da técnica de superação do precedente para atualização do direito, considerando-se as alterações sociais, jurisprudenciais e legislativas.

A guisa de exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro já prevê instrumentos para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes em virtude de revogação ou modificação da lei em que se fundou a sua criação, conforme dispõe o artigo 5º da Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, que dispôs que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

Em complemento, o enunciado nº 321 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC expõe ainda que:

A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

Em se tratando de mudanças legislativas, o enunciado nº 324 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC permite a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ao dispor que

Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

Nesse sentido, convém ainda discorrer sobre a eficácia temporal do precedente, visto que a sua superação ou modificação não deve gerar insegurança jurídica aos jurisdicionados, posto este não é o objetivo da instituição do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, muito ao contrário.

Assim sendo, dispõe parágrafo 3º do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Nestes termos, para a doutrina pátria, a eficácia temporal, em regra, é retroativa, conforme expõe Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 499):

Em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa.

Há de se perceber que a revogação de um precedente não pode ser equiparada à revogação de uma lei por outra, uma vez que: a) no caso da legislação, sempre há, no mínimo, um momento certo, em que se percebe a mudança no texto normativo; no caso do precedente, podem existir diversos fatores que tenham minado a confiança no precedente; b) a imposição da regra da irretroatividade para os textos normativos decorre de uma restrição ao caráter discricionário do texto normativo; a decisão jurisdicional, por sua vez, depende de uma rigorosa argumentação, que pode demonstrar o erro na decisão anterior e a existência de elementos que imponham a não confiabilidade no precedente revogado.

Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto, tornando-se mais um elemento que imponha a estabilidade da jurisprudência.

Contudo, entendendo pelo problema da estabilização da jurisprudência no Brasil, país adepto ao sistema do *Civil Law*, os tribunais e juízes tem entendido pela aplicação da revogação prospectiva, o que importa dizer que a regra nova de direito deve ser aplicada apenas ao caso em julgamento, tal como expõem José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Freire (2013, p. 691):

De um modo geral, a revogação de um precedente acarreta efeitos retroativos. Historicamente, essa sempre foi a regra. Assim, a nova regra estabelecida pela decisão que revogou o precedente torna-se retrospectivamente aplicável a todas as relações jurídicas e eventos anteriores. Trata-se aqui de uma retroatividade plena.

Essa regra sempre foi bastante criticada. Isso porque as partes – do caso e talvez para outros casos pendentes que envolvam eventos anteriores à data da decisão – contavam com a regra “velha”, e seria injusto aplicar a seus casos a regra “nova”.

Reconhecendo este problema, tribunais e juristas têm considerado se e em que medida “novas” regras de direito devem ser aplicadas somente prospectivamente, isto é, apenas para o caso presente e eventos ocorridos imediatamente após a data da decisão que inaugurou o novo precedente. Esse efeito é dominado de prospectividade seletiva. Em outros casos, se estabelece que a regra só será aplicada para casos que vierem a ocorrer a partir de uma determinada data fixada no futuro. Esse efeito, por sua vez, é denominado de prospectivo-prospectivo.

Nesse mesmo sentido expõe o enunciado nº 55 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, ao dispor que “pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, ode haver modulação temporal, no caso concreto”. Assim, tem-se ainda a possibilidade de modulação temporal da revogação do precedente, através da técnica do *signaling*.

A técnica do *signaling* consiste no método preparatório por meio do qual “o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados” (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 505).

Destarte, o enunciado nº 320 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC complementa tal entendimento ao dispor que “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

Dessa forma, o objetivo de tal técnica é que se preserve a confiança e estabeleça uma transição entre o entendimento atual e o novo, justificada por mudanças na legislação ou nas instituições sociais, que implicarão na revogação do precedente.

Convém analisar ainda a aplicação da técnica do *overruling* pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – SC, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM em face das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/98, de 07 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina por suposta ofensa ao artigo 25 da Lei nº 9.394/96 e ao artigo 24, § 3º, da Constituição Federal, cuja ementa segue transcrita abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE

ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)

2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso *sub judice* envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.

3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes.

5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

(STF - ADI 4060 / SC - SANTA CATARINA. Relator: Min. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 25/02/2015. Data de Publicação: 04/05/2015). Grifo no original.

Ou seja, nos termos da fundamentação do referido julgado, resumida no item 3 da ementa acima transcrita, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido da possibilidade de aplicação da técnica do *overruling* por aquele egrégio tribunal na hipótese de mudanças nas legislações regional e local, desde que não houvesse ofensa a norma expressa e inequívoca à Constituição Federal, o que não se verificou no caso em julgamento, razão pela qual o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 170/198 do Estado de Santa Catarina foi julgado improcedente.

Há que se distinguir, ainda, *overruling* de *overrinding*. Conforme se demonstrou, o *overruling* implica na revogação do precedente pela mudança de entendimento do tribunal que firmou sua tese jurídica, por mudanças na legislação ou ainda por mudanças nas instituições

sociais que permeiam a sociedade. Isso quer dizer que, neste caso, haverá a superação total do precedente.

A técnica do *overriding*, ao contrário, não implica na superação total do precedente, mas apenas na limitação do seu âmbito de incidência diante da superveniência de uma regra ou princípio legal. Nesse sentido expõe Daniel Mitidiero (2015, p. 348-349):

De um lado, transformação há quando a Corte, sem negar formalmente o precedente, insto é, sem admitir que cometeu equívoco na solução do caso anterior, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídico não tidos por relevantes na decisão do caso ou da questão jurídica anterior. Em tese, a transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível. No mais das vezes, porém, a transformação equipara-se substancialmente à revogação total do precedente, com a única diferença de que com ele a Corte não anuncia expressamente a revogação. De outro lado, a rescrita funciona como redefinição do âmbito de incidência do precedente. O precedente é rescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação.

Assim é que, diferente do *overruling*, o *overriding* não implica na substituição da tese jurídica firmada no precedente, mas apenas na superveniência de um novo entendimento que venha a restringir o seu âmbito de incidência.

Dessa feita é que, para que se consagre a instituição de um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que os tribunais mantenham íntegra e coerente a sua jurisprudência, nos termos do que preceitua o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

É preciso que se observe ainda a dinâmica do precedente, desde a sua formação, com a elaboração de sua tese jurídica (*ratio decidendi*), até as técnicas de confronto (*distinguishing*) e interpretação, que permitiram a aplicação do precedente ao caso em julgamento ou, não sendo o caso, de afastamento do precedente ou mesmo de sua superação pelas técnicas do *overruling* ou *overriding*.

Convém ressaltar, entretanto, que a instituição do sistema de precedentes obrigatórios por meio do *stare decisis*, que possui raízes no do sistema do *Common Law*, em um país com tradição jurídica no sistema do *Civil Law* não constitui tarefa fácil, mormente a própria história e evolução de ambos os sistemas, que possuem características bem distintas.

Destarte, a instituição do referido sistema jurídico no Brasil por meio do Novo Código de Processo Civil pode encontrar sérios obstáculos, posto que o país não possui tradição com relação aos precedentes judiciais como o tem os países com tradição no *Common Law*, sendo que um dos fatores que diferencia ambos os sistemas é justamente a postura dos seus juízes e tribunais quanto ao respeito pelos precedentes judiciais (MEDINA, FREIRE e FREIRE, 2013, p. 695).

4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E O DIREITO COMPARADO.

Partindo-se da evolução histórica dos sistemas do *Civil Law* e *Common Law*, analisando os dispositivos do Novo Código de Processo Civil que tratam das principais inovações inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda como se dá a dinâmica do precedente, desde a formação da *ratio decidendi* às técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling e overriding*), passa-se a análise da aplicação do sistema de precedentes pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA, em comparação com a aplicação do sistemas de precedentes no Direito Comparado, utilizando-se de exemplo o Canadá, discorrendo ainda acerca dos obstáculos e da dificuldade de incorporação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. Aplicação do sistema de precedentes pelos Tribunais Brasileiros

A partir de uma análise jurisprudencial sobre o banco de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, é possível perceber que, em alguns casos, em que pese o Novo Código de Processo Civil tenha instituído o sistema de observação obrigatória dos precedentes, incluindo-se nisso o respeito à dinâmica do precedente, e o dever de fundamentação das decisões judiciais, a aplicação do sistema de precedentes pelos tribunais pátrios ainda é feita de forma meramente mecânica e sistemática, conforme será demonstrado a seguir.

Ao analisar o banco de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará foi possível perceber uma mudança na aplicação do sistema de precedente após a instituição do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. É o que se percebe, por exemplo, quando da leitura do inteiro teor do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2014.3.016381-0 Belém (PA), que versava sobre a aplicação de lucros cessantes de forma retroativa, conforme segue a ementa colacionada abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. LUCROS CESSANTES. PRESUMIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. CONCESSÃO RETROATIVA DOS MESMOS VEDADA. QUANTUM DEBEATUR REDUZIDO PARA 0,5% DO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. MANUTENÇÃO DO SALDO DEVEDOR COM A SUBSTITUIÇÃO DO INCC PELO IPCA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, À UNANIMIDADE. (AI AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. LUCROS CESSANTES. PRESUMIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO

NO STJ. CONCESSÃO RETROATIVA DOS MESMOS VEDADA. QUANTUM DEBEATUR REDUZIDO PARA 0,5% DO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. MANUTENÇÃO DO SALDO DEVEDOR COM A SUBSTITUIÇÃO DO INCC PELO IPCA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, À UNANIMIDADE

(AI nº 2014.3.016381-0 Belém (PA). Rel. Des. Ricardo Ferreira Nunes. Órgão Julgador: 4ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. Julgado em 17/10/2016 e publicado em 20/10/2016). Grifo no original.

Na fundamentação do referido julgado o Desembargador Ricardo Ferreira Nunes, ressaltando o seu posicionamento tradicional acerca da aplicação dos lucros cessantes sobre o caso em julgamento, indicou a mudança de seu entendimento diante da observância da força dos precedentes judiciais conforme segue transcrito abaixo:

Ressalto que em relação aos pretendidos lucros cessantes, meu posicionamento **tradicional** era quanto ao não cabimento destes quando a agravada não se desincumbisse de comprovar, efetivamente, os prejuízos efetivamente sofridos.

Entendia que ainda existisse o atraso na entrega do imóvel, tal fato, por si só, não seria suficiente para comprovar os lucros cessantes pretendidos pela agravada. Decerto, não se deve olvidar que a reparação de lucros cessantes se refere aos danos materiais efetivos sofridos por alguém, em função de culpa, omissão, negligência, dolo, imperícia de outrem **e, para procedência do pleito**, me posicionava no sentido da necessidade da efetiva comprovação dos lucros cessantes - não bastando argumentar que existiram.

Entretanto, revendo meu posicionamento, em observância à força dos precedentes judiciais e decisões já consolidadas perante o Superior Tribunal de Justiça e por este Egrégio Tribunal de Justiça, curvo-me à jurisprudência que vem se alinhando no sentido de, em casos semelhantes, ser presumido o dano material na modalidade de lucros cessantes. Grifo no original.

Ou seja, o que se percebe é que o Excelentíssimo Desembargador apenas revê o seu posicionamento em razão da instituição obrigatória observância da força dos precedentes judiciais com o Novo Código de Processo Civil. No entanto, temos no caso em comento a aplicação meramente mecânica dos precedentes alvitados, sem que fosse realizada a devida demonstração de identidade ou distinção entre os casos.

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro demonstra a eficaz aplicação do dever de fundamentação das decisões judiciais, bem como a aplicação de precedente invocado por identidade e similitude entre os casos. É o que se infere a partir da análise do julgamento da Apelação Cível nº 0079492-87.2010.8.19.0001 Rio de Janeiro (RJ), que anulou parcialmente a sentença proferida pelo órgão de primeira instância, que havia sido proferida sem fundamentação, conforme segue a ementa do julgado transcrita abaixo:

Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Demanda revisional de débito. Serviço de fornecimento de água e esgoto. Sentença de improcedência. Capítulos do pronunciamento recorrido sem fundamentação. Necessidade de o órgão julgador demonstrar que conhece o processo sob exame. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação da decisão como discurso de justificação da decisão, destinado a conferiir-lhe (sic) legitimidade democrática. Art. 489, § 1º do

CPC/2015. Sentença que se anula. Pronunciamento recorrido que deixou de analisar o pedido de parcelamento do débito. Sentença citra petita. Aplicação da Teoria da Causa Madura. Possibilidade. Art. 1.013, § 3º, III e IV do CPC/2015. Prazo prescricional da cobrança de tarifa de água e esgoto. Aplicação do prazo prescricional decenal previsto no art. 205 do Código Civil. Jurisprudência pacífica do STJ. Tarifa social. Requisitos exigidos no Decreto Estadual nº 25.438/99 que não foram preenchidos, não fazendo jus a autora ao benefício. Parcelamento de débito. Necessidade de observância do princípio da boa-fé (sic) que deve ser mantido nas relações contratuais. Tratando-se de relação de consumo, deve-se evitar que o consumidor seja submetido a desvantagem excessiva. Aplicação da Lei Estadual nº 4.339/2004. Emissão de contas relativas ao débito pretérito que devem ser apartadas da conta regular de consumo. Pretensão de nulidade do contrato de confissão de dívida que foi apreciado na sentença. Inexistência de omissão neste ponto. Recurso parcialmente provido.

(Apelação nº 0079492-87.2010.8.19.0001 Rio de Janeiro (RJ). Relator Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. Segunda Câmara Cível. Julgamento em 11/05/2016, publicação em 13/05/2016).

Conforme foi dito, a referida sentença de primeira instância foi parcialmente anulada por conter capítulos sem fundamentação, em clara afronta ao que dispõe o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, conforme segue transcrita parte da fundamentação do julgamento da Apelação Cível nº 0079492-87.2010.8.19.0001 Rio de Janeiro (RJ), nos termos expostos pelo Relator Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara:

É preciso, pois, que as decisões judiciais indiquem, com precisão a relação entre o ato normativo incidente e a questão ou causa decidida (ou seja, nada de dizer coisas como “presentes os requisitos do art. X, defiro”). Que os juízes não empreguem conceitos indeterminados como se fossem meros clichês argumentativos (como em decisões que dizem “fixo valor da indenização em X por ser razoável e proporcional”). Que não sejam invocados motivos tão vagos que serviriam para justificar qualquer decisão (como no caso de se dizer que “o caso exige maior dilação probatória, motivo pelo qual se indefere, por ora, a tutela de urgência”). Que todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo órgão jurisdicional sejam enfrentados (para que a parte vencida saiba os motivos pelos quais ficou vencida, já que nenhum de seus fundamentos terão sido acolhidos). E, por fim, que o sistema de precedentes seja levado a sério, não se limitando o juiz a transcrever ementas ou enunciados de súmula sem indicar sua relação com o caso concreto, ou deixando de aplicar precedente ou enunciado de súmula sem justificar as razões pelas quais o faz.

Consequência disso é que as decisões judiciais precisam ser substancialmente justificadas, para que sejam consideradas democraticamente legitimadas a produzir seus efeitos jurídicos.

Na hipótese em tela, no que se refere à tarifa social, o juízo a quo não fez constar em seu julgado as razões de decidir que o levaram a afastar a pretensão da autora neste ponto.

Depreende-se que o juízo de primeiro grau afastou o pedido, entendendo que “não há provas de que a autora possua direito ao recebimento da tarifa almejada, devendo ser afastado tal pleito”.

Isto demonstra que o juízo de primeiro grau se limitou a dizer que não há provas de que a autora possua direito à tarifa social, sem indicar o motivo pelo qual chegou a esta conclusão, lembrando-se que a autora indicou os requisitos para a concessão da medida, juntando documentos que afirma serem suficientes para comprovar ter direito ao benefício, e que não foram sequer mencionados no pronunciamento recorrido. Isto viola frontalmente o disposto no art. 489, § 1º, III, do CPC vigente, atentando contra o princípio da fundamentação das decisões judiciais. (...)

No caso presente, assim como no precedente, se trata de apreciar o prazo prescricional para cobrança da tarifa por prestação de serviços de água e esgoto. Os fundamentos determinantes daquele acórdão, portanto, são também aplicáveis ao caso presente em razão da similitude existente entre eles. Pois no caso precedente entendeu-se, como *ratio decidendi*, que se aplica o prazo prescricional estabelecido pela regra geral do Código Civil. Sendo tal *ratio decidendi* aplicável, também, ao caso ora em exame, justifica-se dar a este feito solução idêntica à estabelecida naquele precedente.

Assim, é perceptível, ao mesmo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a preocupação com o dever de fundamentação das decisões judiciais, bem como com a eficaz aplicação do sistema de precedentes, vez que antes foi demonstrada a identidade do caso em julgamento com a *ratio decidendi* do precedente.

Ocorre que não são todos os tribunais pátrios que se preocupam com a eficiente aplicação do sistema precedentes obrigatórios instituído com o Novo Código de Processo Civil. Outro exemplo que demonstra a aplicação mecânica dos precedentes alvitados é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quando do julgamento da Apelação Criminal nº 003279/2016 São Luís (MA), que versava acerca da atipicidade material da conduta de porte de arma de fogo, senão vejamos:

Penal. Processual Penal. Apelo ministerial. Réu absolvido. Arma desmuniada. Atipicidade material da conduta. Pleito de reforma da sentença. Alegação de crime de mera conduta e perigo abstrato. Novo Código de Processo Civil. Aplicação subsidiária ao Processo Penal (art. 3º, do CPP). Observância aos precedentes das Cortes Superiores. Art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. Mudança de paradigma. Réu preso portando um revólver calibre 38, desmuniado. Fato incontroverso. Apelo conhecido e provido.

1. O Direito brasileiro, embora tradicionalmente enraizado no sistema da *civil law*, vem paulatinamente prestigiando a força dos precedentes judiciais das Cortes Superiores, mormente após o advento da EC nº 45/2004, e sucessivas alterações legislativas, denotando que o nosso sistema jurídico seria considerado misto - predominantemente legislado, mas com possibilidade de decisões judiciais vincularem objetivamente, com eficácia *erga omnes* - tal como ocorrem com as súmulas vinculantes do STF.

2. Hodiernamente, a força dos precedentes jurisprudenciais foi sedimentada com o advento do Novo Código de Processo Civil, que comina a obrigatoriedade de sua observância, bem como fundamentação idônea para afastar sua aplicabilidade ao caso concreto, sob pena de nulidade. Inteligência do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015.

3. Ressalvado o ponto de vista dogmático pessoal do relator, o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, tipificado no art. 14, da Lei nº 10.826/03, segundo a jurisprudência pacífica no âmbito do STF e STJ, é crime de mera conduta e de perigo abstrato, sendo irrelevante a circunstância de a arma apreendida encontrar-se desmuniada ou mesmo desmontada.

4. Exurgindo dos autos provas robustas comprovando que o réu foi preso em flagrante delito portando um revólver calibre 38, desmuniado, de rigor a reforma da sentença absolutória para condená-lo como incurso nas penas do art. 14, da Lei nº 10.826/03.

5. Apelo conhecido e provido. Réu condenado.

(Ap 003279/2016, Rel. Desembargador (a) JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 28/07/2016, DJe 05/08/2016)

No caso em referência o réu, preso em flagrante por porte de arma de fogo desmuniada, foi absolvido por atipicidade material da conduta e alegação de crime de mera conduta e perigo abstrato, tendo o Ministério Público Estadual apelado da referida sentença.

No entanto, em sede de julgamento da Apelação Criminal nº 003279/2016 São Luís (MA), o Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida, que outrora entendia que o porte de arma de fogo desmuniada importava em atipicidade material da conduta e crime de mera conduta e perigo abstrato, mesmo entendimento do juízo de primeira instância, mudou seu entendimento pessoal para seguir a aplicação dos precedentes emanados pelas Cortes Superiores, conforme segue baixo um trecho da fundamentação do julgado:

(...) A despeito de meu posicionamento dogmático pessoal, o qual, *data maxima venia*, ainda reputo mais consentâneo com as diretrizes constitucionais garantistas do Direito Penal, devo dizer que, a partir do advento do novo Código de Processo Civil, **sou compelido a seguir linha de pensar diversa** acerca da matéria, na esteira das ponderações a seguir delineadas. (...)

Com efeito, inobstante o direito brasileiro, tradicionalmente, tenha raízes no sistema da *civil law*, a EC nº 45/2004 e sucessivas alterações legislativas têm prestigiado a **força dos precedentes jurisprudenciais**, conferindo-lhes, inclusive, caráter vinculativo, como as súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recursos. Há quem sustente, nesse panorama, que o sistema jurídico brasileiro seria considerado misto - predominantemente legislado, mas com a possibilidade de decisões judiciais vincularem objetivamente, com eficácia *erga omnes*, tal como ocorre na cultura do *stare decisis*, do direito anglo-saxão. (...)

Por conseguinte, não há dúvidas que o respeito e a observância aos precedentes judiciais racionalizam o processo e imprime a desejável celeridade na prestação da tutela jurisdicional, pois confere ao jurisdicionado a certeza de atendimento à sua pretensão, já nas instâncias ordinárias, evitando o prolongamento desnecessário da marcha processual, através do manejo de apelos extremos às Cortes Superiores, onde, invariavelmente, após considerável desgaste de tempo e recursos, a pretensão seria adequada ao posicionamento dominante.

A par dessas premissas dogmáticas, reitero que, a partir de então, devo adotar, na atividade judicante, a orientação preconizada pelas Cortes Superiores acerca da matéria debatida nos autos, a qual diverge daquela anteriormente adotada.

Nessa toada, observo que a questão alusiva a tipicidade da conduta de portar arma desmuniada já se encontra **pacificada** no âmbito das Cortes Superiores.

O Supremo Tribunal Federal possui precedentes nas duas turmas assentando a tipicidade da conduta de portar arma desmuniada. (...)

Diante de tal constatação, o acervo probatório demonstra, inequivocamente, que o recorrido foi preso em flagrante delito portando uma arma de fogo tipo revólver calibre 38, desmuniada, sendo de rigor, portanto, a reforma da sentença para condená-lo pela prática do crime tipificado no art. 14, da Lei nº 10.826/03. Grifo no original.

Assim, no caso em comento temos a mudança de posicionamento do julgador em virtude do advento do Novo Código de Processo Civil, no entanto, sem que se estabeleça a identidade do caso em julgamento com a *ratio decidendi* do precedente.

Com isso, ainda que o Novo Código de Processo Civil tenha instituído a observância dos precedentes judiciais, tal como ocorre nos países que adotam a doutrina do *stare decisis*, é perceptível que o ordenamento jurídico brasileiro não se encontra preparado para promover a

estabilidade e uniformização da jurisprudência pátria, tendo em vista que muitos tribunais se preocupam apenas em reproduzir o precedente vinculantes, mudando seu posicionamento, sem que haja a demonstração de identidade entre os casos.

Dessa forma, a menos que se concretize o preceito de que os tribunais pátrios mantenham a jurisprudência uniforme e estável, tal como estabelece o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil, teremos somente a reprodução sistêmica dos precedentes vinculantes, com o perigo de se incorrer em afronta a princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e, sobretudo, do devido processo legal.

4.2. Aplicação do sistema de precedentes no Direito Comparado (Canadá)

O Canadá é um dos países que integram o *Commonwealth*⁵, como é conhecida a associação voluntária de estados soberanos independentes derivados do domínio britânico. O país adota o sistema do parlamentarismo dualista, com dois órgãos distintos representando o Chefe de Estado e o Chefe do Governo, sendo que a atual Chefe de Estado é Elizabeth II, a atual Rainha da Inglaterra (BARBOSA, 2002, p. 114).

Apesar de ser uma ex-colônia da Inglaterra, o Canadá possui um sistema jurídico misto, haja vista que a província de Quebec foi colonizada pelos Franceses, adotando, como isso, o sistema do *Civil Law*. A história de formação do sistema jurídico da província de Quebec remonta ao século XV quando o Rei Charles VII da França ordenou que o Direito Francês fosse reduzido à forma escrita, dando origem ao “*Coutume de Paris*”, que consistia num conjunto de regras de origem romana, costumeira e canônica que tratava de diversos temas da legislação civil (BARBOSA, 2002, p. 117).

Com isso, o “*Coutume de Paris*” foi estabelecido na Nova França, como era conhecida a província de Quebec, por ordem do Rei Luís XIV, que com isso pretendia minimizar impor as bases do Direito Francês naquele território (BARBOSA, 2002, p.118).

Ocorre que mais tarde, com a invasão da Grã-Bretanha em 1760 nessa região, foi ordenado pelo Rei George III as regras de Direito Público fossem automaticamente aplicadas

⁵ A Commonwealth atualmente é uma associação voluntária de estados soberanos independentes. Suas raízes, no entanto estão no século XIX e no domínio britânico sobre suas ex-colônias. O Canadá em 1867 foi a primeira colônia a ter um governo próprio e transformar-se em um domínio, seguido da Austrália em 1900, Nova Zelândia em 1907, África do Sul em 1910 e Irlanda em 1921. Em 1926 definiu-se que os domínios eram “autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs” (Balfour Report), estando em comum aliança à Coroa (britânica), como expõe Claudia Maria Barbosa em “Os novos oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil (2002, p. 114).

na colônia recém conquistada, mas que as regras de Direito Privado fossem provisoriamente mantidas. Não obstante tal ordenamento por parte do rei, as novas autoridades tentaram a todo custo impor as leis inglesas também em sede de Direito Privado, o que provocou um forte boicote por parte habitantes franceses, que tiveram que recorrer à arbitragem privada para que o direito, usos e costumes franceses fossem mantidos naquela região (BARBOSA, 2002, p.118).

Em 1774 através do “Ato de Quebec” o povo francês conquistou o direito do uso da língua francesa no território, bem como o direito ao livre culto e à manutenção de seu direito civil, nos moldes da *Civil Law* francesa, respeitando-se, claro, os limites da incompatibilidade total com o sistema legal imposto pelo soberano inglês (BARBOSA, 2002, p.119).

Dessa forma, coexistem atualmente no Canadá duas espécies de sistemas jurídicos, o *Common Law*, que é aplicado nas províncias de Alberta, Columbia-Britânica, Ilha do Príncipe Edward, Manitoba, Nova-Brunswick, Nova Escócia, Nunavut, Ontário, Saskatchewan e Terra Nova, e o *Civil Law*, adotado na província de Quebec (BARBOSA, 2002, 119).

Constituem como fontes do Direito Canadense: a Constituição (Lei Constitucional de 1982), que possui autoridade superior às demais Leis, tendo em vista que não podem ser revistas a não ser por órgãos especiais, seguido de um procedimento, mas complexo que o adotado pelas Leis ordinárias; as Leis formais, que são os textos legislativos que emanados pelo Parlamento federal, sendo que, são consideradas como fontes do Direito Canadense, inclusive, as leis emanadas pelo Parlamento Britânico; e as decisões emanadas pelos Tribunais, em virtude da importância do *judge-made-law* “O Juiz fez a Lei”, de inspiração britânica, exceto na província de Quebec, onde as decisões judiciais possuem apenas a autoridade de precedente e da coisa julgada, inexistindo o *judge-made-law*, por se regra própria do direito anglo-saxão (BARBOSA, 2002, 123).

A organização judiciária do Canadá, semelhante ao que ocorre no Brasil, é dividida em Cortes Superiores e Tribunais Inferiores. A rigor, as Cortes Superiores possuem, como regra geral, uma dupla jurisdição, haja vista que, em primeira instância possuem a competência de julgar todos os casos que não sejam de competência exclusiva das cortes inferiores, e em segunda instância, além de possuírem o poder de rever as decisões tomadas em primeira instância, ainda lhe é atribuída a competência de vigilância e controle dos atos dos tribunais inferiores e da administração pública (BARBOSA, 2002, 130).

Apresentam-se como Cortes Superiores a Suprema Corte do Canadá e as Cortes Superiores Provinciais, além da Corte Federal do Canadá, criada em 1970 para tratar das questões que envolvam matéria federal. Tanto as Cortes Superiores quanto as Cortes Inferiores

trabalham de forma integrada, com exceção da província de Quebec, em virtude da adoção do sistema do *stare decisis* (BARBOSA, 2002, 130).

Importante salientar que a regra do *stare decisis* no Canadá apresenta traços bem característicos devido a própria divisão e independência federal das províncias do país. Assim, embora as decisões da Corte Suprema do Canadá sejam vinculativas, são as Cortes Superiores das províncias que geralmente se constituem como último grau de recurso para a maioria dos casos. No entanto, as suas decisões não são obrigatórias para as demais províncias, o que torna a regra do *stare decisis* flexível no país (BARBOSA, 2002, 126).

De outro lado, insta destacar que a regra do *Common Law* e do *stare decisis* não são aplicáveis na província de Quebec, que somente adota as bases e princípios do Direito Inglês quanto às questões de Direito Público, sendo que as demais disposições seguem os ditames do Civil Law (BARBOSA, 2002, 128).

Ocorre que um os fatores que mais diferencia o *stare decisis* adotado no modelo jurídico canadense do modelo que se pretende adotar no Brasil com a instituição do Novo Código de Processo Civil, é o fato de que é a possibilidade de *judge-made-law*, como exposto anteriormente, que não é conhecida pelos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, em razão de que, na ausência de legislação, ou até mesmo para complemento desta, o Juiz Canadense pode proferir decisões de caráter geral, que possui caráter semelhante ao de Lei, e aplicável a todos.

Dessa forma, percebe-se o quão longe está o modelo de sistema adotado no Brasil através do Novo Código de Processo Civil, do sistema de precedentes que é verificado nos países que adotam o sistema de precedentes vinculantes por meio do *stare decisis*, próprio do sistema do *Common Law*, a exemplo do Canadá.

4.3. Dos obstáculos e da dificuldade de incorporação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

Como foi dito anteriormente, o Brasil originariamente é conseqüente do sistema jurídico do *Civil Law* e, com a instituição do Novo Código de Processo Civil, tem-se discutido a possibilidade da instituição da doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, acreditou-se que a instituição do sistema de observação obrigatória dos precedentes do Brasil pudesse acarretar no fim dos problemas com a multiplicidade de casos idênticos no judiciário e até mesmo por fim a questão da divergência de posicionamentos jurídicos de acerca de uma mesma questão fática.

O sistema de precedentes vinculantes pelo Novo Código de Processo Civil busca ainda pôr fim a questão da segurança jurídica das decisões judiciais, visto espelhar-se no sistema do *Common Law*, que utiliza da uniformização e sistematização de seus julgados para conferir certeza e previsibilidade jurídica aos jurisdicionados.

Contudo, importante salientar que não é a adoção do *Civil Law* ou do *Common Law* que determinará o nível de segurança jurídica de um sistema, mas sim a qualidade das decisões manifestadas pelo Judiciário, através da concretização dos ditames constitucionais e da aplicação da Lei em conformidade com a Carta Magna. Nesta senda, convém expor o entendimento de Nelson Nery Junior e George Abboud (2013, p. 483) sobre o tema em comento:

Ocorre que, no Brasil, grande parcela da doutrina entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica – que é, frise-se, essencialmente um problema qualitativo na prestação jurisdicional – mediante da criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que, em um Estado Constitucional, a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. Para citar apenas alguns desses instrumentos de vinculação decisória, podemos mencionar: súmula vinculante, atribuição de efeito vinculante a motivação das decisões das cortes superiores, equiparação de efeito erga omnes com o efeito vinculante, objetivação do controle difuso de constitucionalidade, e até mesmo objetivação do julgamento da lide pelo STJ.

Dessa forma, tamanho apego a vinculação dos precedentes, que se atribuiu às decisões judiciais o mesmo *status* da legislação pátria com o Novo Código de Processo Civil. No entanto, tal façanha só evidencia o quão distante do *Common Law* é o sistema que tem sido imposto no Brasil pelas recentes reformas legislativas (NERY JUNIOR e ABBLOUD, 2013, p. 485). Nesse ponto, convém registrar os dizeres de Herbert Hart (2001, p. 112) quando expõe que “no nosso sistema, o costume e o precedentes estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar”.

É de se ressaltar ainda a impossibilidade da criação de um sistema de precedentes, tal como existente no sistema do *stare decisis* no *Common Law* por meio da mera promulgação de uma Lei. Isso porque a doutrina de precedentes não surgiu no *Common Law* de forma repentina, mas sim devido a um longo processo de desenvolvimento jurídico e histórico da Inglaterra e Estados Unidos, tanto que nesses países é possível perceber o respeito aos precedentes mesmo que não haja qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de seguir o precedente, ou que lhe confira efeito vinculante (NERY JUNIOR e ABBLOUD, 2013, p. 487).

Assim, tem-se ainda a possibilidade de que mera reprodução de decisões judiciais sob o argumento de imprimir maior celeridade aos casos em litígio, acabe por suprimir as verdadeiros direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, tendo em vista que não se confere tratamento igualitário quando temos a reprodução de decisões iguais sem fundamentação ou sem que seja feita a distinção entre o precedente e o caso em julgamento. Nesse ponto, Humberto Theodoro Júnior et al (2015, p. 300) expõem que:

Esse movimento merece muita atenção e cuidado quando se percebe que esse uso dos precedentes ainda desafia várias intempéries, como a da aqui nominada “pseudocolegialidade”: tal fenômeno, que vem sendo justificado pela quantidade de processos nos tribunais, ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial “de acordo”, que pode muitas vezes significar “não olhei, mas *acho* que concordo com o relator”. (...)

Se a discussão em outros sistemas seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir até mesmo se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distingam.

Outro fator que se vislumbra com a edição do sistema de precedentes com o Novo Código de Processo Civil decorre do perigo da instituição de uma nova forma de poder advinda da legislação sob a forma da juristocracia, que implica no fortalecimento dos poderes atribuídos aos juízes ao proferirem suas decisões e pode importar em verdadeira violação aos princípios constitucionais da separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal (THEODORO JÚNIOR et al, 2015, p. 300).

Com isso, nos dizeres de Lenio Streck (2012, p. 4), o projeto do Novo Código de Processo Civil teria “a façanha de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização, e no positivismo pós-exegético, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial) ”.

Impede salientar que, conforme exposto no capítulo predecessor, o que vincula em um precedente é a *ratio decidendi* do mesmo, ou seja, a tese jurídica firmada através do entendimento do Tribunal que editou a súmula ou a decisão vinculante. Isso implica dizer ainda que para que haja a efetiva aplicação do precedente sob o caso em litígio, é preciso que haja a devida demonstração de similitude entre o caso em julgamento e a *ratio decidendi* firmada no precedente, de modo a evitar a mera reprodução sistêmica e mecânica das decisões judiciais.

A partir dessa concepção, nem mesmo os recursos repetitivos poderiam ser aplicados de forma mecânica, tal como imaginado por diversos juristas, vez que impõe-se a observância obrigatória da dinâmica do precedente, e ainda o dever de fundamentação das decisões judiciais (NERY JUNIOR e ABOUD, 2013, p. 490).

De outro lado, verifica-se que até as súmulas vinculantes possuem caráter genérico, visto que não demonstram de forma clara os fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal, sendo a eficácia dos precedentes depende diretamente dos pressupostos lógicos em que determinada decisão foi baseada (NERY JUNIOR e ABOUD, 2013, p. 493).

Impede observar ainda que os precedentes não podem ser usados para engessar o sistema jurídico, haja vista que a sua interpretação deve levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, de modo há imprimir harmonia e dinamicidade ao se buscar a resposta adequada a solução jurídica de um caso (NERY JUNIOR e ABOUD, 2013, p. 500).

Assim, não se pode entender que a imposição do uso desmedido da jurisprudência com efeito vinculante seja possível graças a instituição do *stare decisis*, haja vista que, conforme foi dito, essa doutrina é própria dos países de aderem ao *Common Law*, fruto de intenso desenvolvimento histórica e da experiência jurídica desses países.

Dessa forma, só nos resta acreditar que o Novo Código de Processo Civil quando trata da questão dos precedentes, não instituiu o *stare decisis* tal como encontrado nos países de *Common Law*, mas sim uma tentativa particular de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, ignorando toda a história de conflitos inerentes à atividade jurisprudencial brasileira. Nesse sentido expõe Nelson Nery Júnior e Geoges Abboud (2013, p. 506):

Desse modo, a jurisprudência vinculante estabelecida no NCPC não pode ser confundida com o sistema do *stare decisis* do *common law*. Em verdade, ela caracteriza uma forma particular de nosso ordenamento em forçar a uniformização da jurisprudência, ignorando a conflituosidade que é insita à atividade jurisprudencial, característica de toda atividade que contenha um *devir* histórico que é, aliás, elemento essencial da cultura humana, o que nos faz crer que o pretendido sistema de vinculação jurisprudencial não foi inspirado no *common law*, mas em tipos organizacionais de trabalho contínuo e estagnado, e.g., sociedade de formiga, abelhas, etc, supondo que a perfeição de seu funcionamento se deve à tal imutabilidade, como se a facticidade estagnada desses sociedade pudesse ser equiparada à de nossa sociedade cada vez mais complexa.

Assim, em que pese o Novo Código de Processo Civil tenha instituído a observância obrigatórias dos precedentes judiciais, bem como o dever imposto aos tribunais de manterem as suas decisões uniformes e estáveis, é preciso levar em conta que o país não possui uma larga tradição na utilização da jurisprudência vinculante, sendo que aplicação de precedentes ao caso

concreto não deve ser feita de forma desmedida e mecânica, sem se analisar e demonstra as similitudes dos casos, levando-se em consideração as razões determinantes do julgado predecessor (*ratio decidendi*). Entender o contrário é ser compassivo com o uso arbitrário e impositivo das decisões judiciais, levando a instituição de uma nova forma de poder, a juristocracia, incorrendo em violação dos direitos e garantias judiciais conquistadas a muita luta pelo povo brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Um das principais motivações para escrever sobre o assunto discutido ao longo desta dissertação se deu em virtude da preocupação com a instituição do sistema de precedentes pelo Novo Código de Processo Civil, através do qual restou determinado que os tribunais devem manter a sua jurisprudência estável e uniforme, a fim de que esta seja observada pelo demais tribunais, nas hipóteses constantes no artigo 927 do referido Código.

O primeiro capítulo foi dedicado ao estudo formação e evolução histórica dos sistemas jurídicos do *Common Law* e *Civil Law*, fazendo-se ainda uma análise comparativa acerca das principais diferenças entre os referidos sistemas, principalmente no que concerne à importância dada ao fenômeno da codificação no *Civil Law*, e da instituição do *stare decisis* no *Common Law*.

Assim, foi possível perceber que a relação do *Civil Law* com a segurança jurídica decorre da grande importância que foi dada ao fenômeno da codificação pelos adeptos desse sistema, e da proibição de interpretação da Lei por parte dos magistrados, visto que a este somente é cabível verificar a aplicação desta ao caos em litígio.

Por outro lado, a questão da segurança jurídica para o *Common Law* decorre da grande valoração que esse sistema jurídico deu aos precedentes, haja vista que sempre existiu a preocupação em se manter coesão e coerência das decisões proferidas pelos tribunais nesse país, principalmente depois da instituição do *stare decisis* como regra que instituiu a observação obrigatória dos precedentes.

No capítulo seguinte discutiu-se acerca da importância dada a fundamentação das decisões judiciais através do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, bem como os demais dispositivos contidos no referido Código que tratam das principais inovações e mudanças com relação as formas de julgamento e aos precedentes judiciais.

Ainda, estudou-se de que forma se dá a aplicação da dinâmica do precedente, desde a sua formação com a afirmação da tese jurídica firmada no julgado (*ratio decidendi*), bem como as técnicas utilizadas para confronto e distinção (*distinguishing*) e ainda da técnica utilizada para superação ou revogação de um precedente (*overruling*).

Adiante, foi utilizada a técnica de pesquisa através dos bancos de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, onde foi possível verificar que, inobstante o Novo Código de Processo Civil tenha instituído a observação do sistema de precedentes, em alguns casos, estes ainda são aplicados pelos tribunais pátrios de forma meramente mecânica e sistemática, haja

vista que não durante o emprego do precedentes foram explicitadas de forma eficaz o uso da dinâmica dos precedentes, por meio do qual se afere se o caso concreto guarda relação de similitude com a *ratio decidendi* firmada no precedentes, ou se é o caso de se fazer a devida distinção.

Outrossim, por meio do Direito Comparado foi possível verificar que o Canadá é um país que adota um sistema jurídica misto, ou seja, utiliza o *Common Law* na maioria de suas províncias, mas também faz uso do sistema do Civil Law, a exemplo da província de Quebec, que guarda grande relação com o Direito Francês. Outrossim, foi possível perceber ainda como se dá a aplicação do sistema de precedentes naquele país, principalmente em virtude da estrutura federal que existe no Canadá, por meio da qual as decisões judiciais são empregadas apenas na província em que é proferida.

Por fim, este trabalho concluiu que o modelo de vinculação de precedentes adotado no Brasil através do Novo Código de Processo Civil ainda se encontra muito longe do modelo que é adotado e utilizado nos países que adotam o *Common Law*. Assim, mesmo que o referido Código busque a uniformização e estabilidade da jurisprudência pátria, é preciso levar em conta que o país não possui tradição do uso da jurisprudência vinculante. Dessa forma, é preciso tomar cuidado para que a reprodução de decisões judiciais seja feita de forma desmedida e puramente mecânica, incorrendo em violação dos direitos e garantias judiciais conquistadas a muita luta pelo povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

- APPLE, James G. Apple; DEYLING, Robert P. **A primer on the civil-law system**. Estados Unidos, Federal Judicial Center, 1995. Disponível em: < [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2016.
- BELL, John. **Comparing Precedent**, 82 Cornell L. Rev. 1243 (1997). Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss5/13>>. Acesso em: 10 ago.2016.
- BARBOSA, Claudia Maria. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. Defesa em 28 de março de 2002. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83567/185750.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 01 fev. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 ago.2016.
- _____. **Enunciado n. 55 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 174 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 306 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 315 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 320 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 321 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.
- _____. **Enunciado n. 322 do fórum permanente de processualistas civis**. Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.

_____. **Enunciado n. 324 do fórum permanente de processualistas civis.** Carta de Vitória, 2015. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil** (revogado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 ago.2016.

_____. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. **Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em 03 jan. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 02 ago.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agrg no agravo em recurso especial nº 179.971 – PR. Relator: Ministra Regina Helena Costa. **Pesquisa de jurisprudência, acórdãos.** Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=46540917&tipo=51&nreg=201201039407&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150515&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 23 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.060 – SC. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de jurisprudência, acórdãos.** Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8340395>>. Acesso em 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 631.240 – MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Pesquisa de jurisprudência, acórdãos.** Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>. Acesso em 23 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Criminal nº 003279/2016 São Luís (MA). Relator: Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida. **Jurisconsult, pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNotyTEOWyAMXDDAv-QDNkaYJB0z9APZKxuSNhKCKEDV57dDx9PV2aCbB1QS2VwnL1GFyY5sOURy7Hk3o3dat2fPsdwv6RBKvj01eZxd0xEEagrrcRYwoC0v_71-bJ-2vOS9AallPxEaHm5fIaMkug,,>>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Agravo de Instrumento nº 2014.3.016381-0. Relator: Desembargador Ricardo Ferreira Nunes. **Pesquisa de jurisprudência, acórdãos.** Disponível em: <http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:-tURqCgypGsJ:177.125.100.71/acordao/20160383296724++for%C3%A7a+dos+precedentes+judiciais+inmeta:relator%3DRICARDO%2520FERREIRA%2520NUNES&proxystylesheet=consultas&ie=UTF8&lr=lang_pt&access=p&client=consultas&site=jurisprudencia&oe=UTF-8>. Acesso em 20 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0079492-87.2010.8.19.0001 Rio de Janeiro (RJ). Relator: Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Pesquisa de jurisprudência, acórdão**. Disponível em:<
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000440AA61F26EFC9482495DC52BBBEFC777C50508620861>>. Acesso em 20 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª Edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HART, Herbet. **O conceito de direito**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELLY, J. M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução por Marylene Pinto Maciel. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n.49, p.11-58, 2009. Disponível em:<
<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 13 out. 2016.

_____. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. In: Novas tendências do processo civil. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial**. In: Novas tendências do processo civil. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro**. In: Novas tendências do processo civil. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. In: Revista de Processo, coordenação por Teresa Arruda Alvim Wambier, ano 40, vol. 245, julho/2015.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo, Saraiva, 2010.

RE., Edward D. **Stare Decisis**. Estados Unidos, Federal Judicial Center, 1995. Disponível em: < [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/\\$file/staredec.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/$file/staredec.pdf)>. Acesso em 15 out. 2016.

SENADO. **Código de processo civil e normas correlatas. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A juristocracia do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em 02 fev. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/84206>>. Acesso em: 10 nov. 2016.