

PRECEDENTES VINCULANTES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: ANALISANDO SEUS IMPACTOS

BINDING PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER: ANALYZING YOURS IMPACTS

*Paulo Henrique Martins**
*Dirceu Pereira Siqueira***

RESUMO

Objetiva-se analisar, a partir do contexto da Constituição de 1988, a forma como se deu no Brasil a incorporação da doutrina dos precedentes (esta idealizada nos países do “common law”), na realidade local (país de “civil law”), e como no “common law” o precedente é a fonte primária de Direito, o que difere da realidade brasileira. Trar-se-á como resultado que esta aproximação não representa, de fato, a adoção de modelo precedencialista propriamente dito. Utilizar-se-á de metodologia baseada em pesquisa qualitativa, tecida com base doutrinária (nacional e internacional). Abordar-se-á o tema pelo método hipotético-dedutivo, de cunho descritivo e analítico. Buscar-se-á provar que a incorporação no Brasil da doutrina precedencialista não pode ser vista com fins de efetivação de direitos, mas sim visa estabelecer rol de jurisprudências impeditivas de conhecimento e provimento de recursos utilizada pelos tribunais supe-

* É pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pesquisador bolsista – modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor – PPD – do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (Uniar), do Centro Universitário Unifafibe (Unifafibe) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Unifeb). Professor convidado do Programa de Mestrado em “Gestão Estratégica de Empresas – Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)” – Disciplina: “Ética e Legislação” University Missouri State – EUA. Consultor jurídico; parecerista. Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

** É mestrando em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar – Centro Universitário Cesumar. Graduado em Direito pelo Univem – Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha. Advogado em Maringá. E-mail: paulohenriquemartins.edu@outlook.com.

riores em contrariedade aos interesses das partes demandantes, que são prejudiciais à efetividade do processo.

Palavras-chave: “Common law”; “Civil law”; Jurisprudência; Precedentes vinculantes.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze, from the context of the 1988 Constitution, the way in which Brazil has been fitted with the doctrine of precedents (idealized in the common law countries), in the local reality (a country of civil law), and as in the “common law” the precedent is the primary source of law, which differs from the Brazilian reality. As a result, this approximation does not represent, in fact, the adoption of the precedentialist model itself. It will use methodology based on qualitative research, woven on a doctrinal (national and international) basis. The subject will be approached by the hypothetical-deductive method, with a descriptive and analytical character. It will be tried to prove that the incorporation in Brazil of the precedentialist doctrine doesn't be seen for purposes of effectiveness of rights, but rather aims at establishing a list of jurisprudence that impede the knowledge and provision of resources used by the superior courts in opposition to the interests of the plaintiffs, Which are detrimental to the effectiveness of the process.

Keywords: Binding precedents; Common law; Civil law; Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

No presente texto pretende-se analisar que o “precedent” do modelo inglês (e posteriormente norte-americano), dentro do sistema jurídico do “common law”, foi idealizado e concebido de maneira distinta da forma pela qual vem sendo utilizado no Brasil, país de natureza do “civil law”, e como essa situação pode trazer prejuízo à efetivação de direitos.

Insera-se no bojo do texto a evolução histórica da formação do precedente no modelo do “common law”, dentro das realidades inglesa e norte-americana, bem como a importância que o “civil law” teve para a formação (e desenvolvimento) dos Estados Modernos, e como isso levou à intensificação (e complexidade) das demandas e a própria simbiose entre os dois sistemas (“common law” e “civil law”), ocorrida após o fenômeno da globalização. Essa mescla dos modelos de sistemas jurídicos também pode ser sentido no Brasil, principalmente após 1988, com a Constituição Federal de 1988 e, mais intensamente, com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Dentro da ótica do trabalho, portanto, busca-se trazer resposta à seguinte indagação: a importação dos precedentes vinculantes do “common law” no Brasil e seu uso pelos Tribunais atende à finalidade de efetivação dos direitos? Tentar responder a essa indagação é o objetivo do trabalho.

A IDEALIZAÇÃO DO “COMMON LAW” E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

A origem do sistema de “common law” remota a oposição à utilização dos costumes locais, para a unificação de um direito comum em toda a Inglaterra.¹

O primeiro significado do sistema de “common law” foi a de “direito comum”, ou seja, aquele originado das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, que foram tribunais criados pelo Rei e com subordinação direta deste com o nítido propósito de unificar as normas do reino.² Há também que se destacar o papel da chamada “Equity”, ou seja, o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei (geralmente ocupados por um membro da Igreja) para equilibrar ou sopesar os rigorismos do sistema e atingir, por meio da equidade, a solução mais justa no caso concreto.³

Na Inglaterra, o sistema dava mais importância às chamadas ações processuais (“writ”) do que o estabelecimento de normas de direito subjetivo. O sistema (de tentativa de “encaixe” do caso concreto a um “writ” já prolatado) era complexo, já que em 1227 existiam apenas 56 “writs”, número esse somente elevado para 72 em 1832, o que impunha ao aplicador da norma a necessidade de se utilizar frequentemente da analogia.⁴

Guido Fernando da Silva Soares destaca que:

(...) por analogia, para determinadas circunstâncias, concediam-se “writs” para situações novas, a exemplo: inexistia um “writ” determinado para [uma modalidade determinada de] contratos, contudo, através de “writ of detinue”, originariamente destinado a beneficiar um possuidor de boa-fé, o mesmo passaria a servir para proteger quem detivesse, sem justo título, uma propriedade, portanto quem detivesse a coisa sem ter um contrato que legitimasse a posse; ou ainda o “writ of trespass” que originalmente servia para proteger um dano causado por ato ilícito, seria aplicado, analogicamente, para proteger um contratante que tivesse sido prejudicado pela inadimplência”.⁵

O sistema formalístico (rígido) logo sofreria modificações, até mesmo impulsionadas pela frequência da utilização dos procedimentos excepcionais (e

¹ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

² Os Tribunais de Westminster tiveram importância na unificação do “common law” inglês, uma vez que antes deste havia um “direito costumeiro tribal” pulverizado e distinto em cada uma das tribos antigas da Inglaterra, fato este que perdurou até a conquista da Normanda, ocorrida no de 1066.

³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 2000. p. 32.

⁴ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 362.

⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 33.

empregos da analogia), concedidos quando da inexistência de um “writ” do sistema de “common law” propriamente dito, que fez surgir uma verdadeira justiça paralela, denominada de Courts of Westminster com a utilização de uma linguagem e precedentes próprios que posteriormente foram aplicados pelos Tribunais do Chanceler que rivalizariam com as Cortes de Westminster. Os Tribunais do Chanceler acabariam formando um corpo de normas denominadas de “Equity”.⁶

Segundo Guido Fernando Silva Soares,⁷ as “Courts of Chancery” se apoiavam em normas do Direito Canônico, que eram mais evoluídas e melhor elaboradas se comparadas aos procedimentos do “common law”.

Quando Henrique VIII rompeu com a Igreja Católica, estabelecendo a sua própria igreja protestante (Anglicana), não havia mais um Chanceler da Igreja Católica ocupante da Corte de Chancelaria, o que afastou gradativamente a “Equity” da influência do Direito Canônico, bem como a aproximou (inclusive com os usos e formalismos) do sistema de “common law”. Esse fenômeno desencadeou na junção dos Tribunais da “Equity” e da “Common Law” para os Tribunais Comuns da Inglaterra no ano de 1873 e 1875 por meio dos denominados “Judicature Acts”.⁸

Destaca Soares:

Mesmo unificados os órgãos de aplicação da “common law” e da “Equity”, conservaram eles suas características originais e suas regras próprias, a princípio, que sempre foi dominante e que, em certa medida, continua, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que a utilização da “Equity” só é possível quando inexistir remédio na “common law” (...). Embora na Inglaterra permaneça um contraste entre “common lawyers” e “equity lawyers”, mais pelo estilo de atuação e particularidade de problemas, a unificação dos órgãos judiciários permite hoje afirmar que a diferença entre “common law” e “Equity” se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados, em um ou outro ramo do direito, submetidos às interpretações judiciárias próprias (os “precedents” da “common law” e os da “Equity”, em princípio, não são intercambiáveis, posto que marcados cada qual com um traço de sensibilidade própria aos problemas a serem resolvidos).⁹

Já em relação aos Estados Unidos, o sistema de “common law” foi incorporado de uma maneira distinta do modelo inglês, pois a noção de “Equity” foi

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34.

⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34.

⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34-35.

⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 35-36.

recebida no momento que este já deixava de ser na Inglaterra um instrumento independente da “common law”, o que levou à judicatura estadunidense inexistir à dualidade entre os chamados “common lawyers” e “equity lawyers”. Após a unificação nos EUA da justiça federal, ocorrida em 1938, as “actions at law” e os “suits in equity” foram convertidas em espécies do gênero “civil actions”.¹⁰

Há também uma segunda expressão ou significado para “common law” e que se refere à distinção entre “common law” como direito criado pelo juiz (judge-made-law), e, de outro, o direito estabelecido pelo legislador (“Statute Law”).

Soares explica que essa segunda compreensão da “common law” e de suas ramificações (“judge-made-law” e “Statute Law”) é o cerne da distinção entre a “common law” inglesa e norte-americana:

(...) a Inglaterra, que considerarmos uma “common law” mais pura, desconhece a primazia de uma Constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à “civil law”), nem tem ideia da primazia dos “statutes”, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciais, segundo os “case laws” dos Estados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aqueles intersticiais, mas fique desde já bem anotado que nos EUA (por tratar-se de um sistema misto entre a “common law” e “civil law”) permanece o traço característico do sistema: o “judge-made-law”.¹¹

Analisando-se o sistema do “judge-made-law”, extrai-se que a decisão judicial construída pelo magistrado tem duas funções. A primeira é dirimir definitivamente uma questão (pacificação do conflito), pois ao solucionar um litígio o juiz estará realizando também sua segunda função, que é estabelecer premissas que se estenderão além das partes litigantes postas naquele caso concreto. É o estabelecimento de um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma.

É a doutrina do “stare decisis”, que deriva da frase latina “stare decisis et non quieta movere”: apoiar, manter as decisões, e não perturbar os pontos pacíficos. O precedente judicial encontra-se diretamente conjugado aos fatos que originam a questão de direito, o que possibilita a sua reprodução em casos posteriores a partir da análise da ementa tecida do julgamento, pois se trata de uma “questão jurídica”, que é inseparável do ‘caso’ que lhe deu origem”.¹²

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*, p. 36.

¹¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*, p. 39.

¹² RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

No sistema de “common law”, o juiz tem um papel decisivo de criar o direito, baseando no “case method”, no qual Zitscher (2001) destaca que o método indutivo é o que prepondera, e este conduz o juiz a formular a regra a ser aplicada ao caso “sub judge” através por meio de casos anteriores sobre a mesma matéria. A autora explica:

No sistema da “common law”, com o uso do método indutivo, tendo um caso concreto para solucionar, o juiz, tradicionalmente, considera as decisões anteriores na matéria e não só os resultados, as soluções finais, analisa também os fatos que foram base de cada uma delas. O juiz só vai considerar casos anteriores com fatos suficientemente semelhantes àquela que ele tem de solucionar. Analisando os fatos e as soluções das decisões anteriores, ele chegará à regra concreta – a “ratio decidendi” – fundamento das decisões tomadas, e aplicará essa regra ao novo caso.¹³

A fonte primária do direito da “common law” é a decisão anterior (“precedent”), sendo recurso utilizado pelo aplicador a análise cuidadosa dos “precedents” para, somente após esse cotejo, encontrar um (daqueles “precedents” que se demonstre mais adequado ao caso concreto. O texto escrito (“Statute Law”) é meio subsidiário na busca da resolução dos “cases”, quando se demonstrar impossível a construção jurídica da solução justa com base na inexistência de casos anteriores julgados (“precedents”).

Gennaioli e Shleifer¹⁴ sintetizam essa conclusão, e reforçando a questão do direito ser construído pelo magistrado: “in a common-law legal system, such as that of the United States and the United Kingdom, many important laws are made not by legislatures but by appellate courts deciding specific cases and thus creating precedents”.¹⁵

A “Equity” possui papel de destaque e preponderância, funcionando como norte orientador para o magistrado ponderar os interesses jurídicos *versus* o atingimento de um grau satisfatório (razoável) de justiça (equidade).

¹³ ZITSCHER, Harriet Cristiane. Metodologia de ensino jurídico com casos: teoria & prática. Com exemplo do Direito do Consumidor e do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 23.

¹⁴ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The evolution of common law. Journal of Political Economy. Chicago, p. 43-68. jan. 2007. Disponível em: <http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution_jpe_final.pdf>. Acesso em: 20/09/2016.

¹⁵ “No sistema jurídico do “common law”, como o dos Estados Unidos e do Reino Unido, muitas leis importantes não são feitas por legisladores, mas por tribunais de apelação ao decidir casos específicos e criando assim os precedentes” Tradução livre do autor.

A NATUREZA DA “CIVIL LAW” E A IMPORTÂNCIA DESTE SISTEMA PARA A CONSOLIDAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS – O ABANDONO DOS PRECEDENTES E O USO DAS LEIS ESCRITAS COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

O sistema de “common law” inglês prevaleceu na Europa durante os séculos V ao XI, quando os povos germânicos dominaram a Europa central e ocidental. Nesse período, os escritos e tradições de direito romano praticamente desapareceram.¹⁶

Após o século XI, o direito romano foi gradativamente resgatado, tornando-se objeto de imensa atenção de estudiosos, principalmente de Bologna, no norte da Itália. A jurisprudência, no sentido de ramo de conhecimento e estudo do direito, nasceu nessa época.¹⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca a importância do “Corpus Juris Civilis”, que se tornou base para o início da incipiente sistematização dos antigos escritos romanos em orientações gerais a serem utilizadas pelos julgadores:

(...) os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes (...) o “Corpus Juris Civilis”, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código (...). Muitos dos textos que eram, na verdade, soluções de casos, passariam, assim, a ser vistos como paradigmáticos, devendo ser considerados parte do “Corpus”.¹⁸

A necessidade de sistematização dos textos romanos, como um conjunto ordenado e coerente de regras, gerou uma necessidade dos estudiosos interpretarem a regra jurídica com base na lógica integradora (ideia de sistema). O Direito passa a ser absorvido pelas universidades, local onde estudiosos se ocupavam não só de analisar técnicas jurídicas para manter a coerência lógica do sistema, mas também acabou servindo para atingir propósitos políticos.¹⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier sintetiza:

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 122.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 122.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 122.

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

“Auctoritas” e “ratio” eram as principais características do direito nesse período e os textos legais eram o ponto de partida de qualquer raciocínio jurídico. Entende-se, portanto, a importância que tem a doutrina para os sistemas de “civil law”. No período subsequente, o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno pensamento sistemático (1600-1800). O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O fato de ser a lei escrita tornava tudo mais fácil.²⁰

A origem real do termo “civil law” ocorreu com a Revolução Francesa e a passagem do centro de poder do monarca para a nação, sendo que o poder central justificado ou legitimado pelo povo guardava estrita observância e vinculação à lei elaborada pela Assembleia Legislativa. O Judiciário era nessa época o mero “boca da lei”, dizia o direito com base na análise fria “lei + fatos = decisão”.²¹

A função a que se prestava o sistema de “civil law” era clara: evitar o abuso de poder por meio da vontade (unilateral) do soberano e o controle (restrição) do poder pela vinculação do ato do governante à lei posta. O Estado de Direito estava erigido por uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas.²²

Bobbio destaca que nessa época havia forte aproximação entre lei escrita e a igualdade, pois, de um lado, onde há império da lei há igualdade, por outro lado, onde há vontade do homem (leia-se soberano) há arbitrariedade.²³

O “civil law” possibilitou a estabilidade das relações, e o desenvolvimento do homem na passagem do “Antigo Regime”²⁴ para o Estado Moderno. Essa estabilidade repercutiu na complexidade dos conflitos, sobretudo quanto aos conflitos gerados pela mobilidade social e a modificação dos valores jurídicos defensáveis.²⁵

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 67.

²³ BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 312-313.

²⁴ Grossi explica o significado dessa expressão da seguinte forma: “Com a expressão ‘antigo regime’, tradução do usual francês ‘ancien régime’, pretende-se designar a civilização socioeconômico-político-jurídica da França antes da Revolução Francesa de 1789; uma civilização com estrutura corporativa, com alguns resíduos medievais, apesar de seu já longo itinerário por meio do ‘moderno’ (sécs. XV-XVIII) e na qual o direito ainda fundava-se prevalentemente em costumes imemoriais” (GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3 – nota de rodapé 1).

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 124.

Se por um lado o sistema de “civil law” funcionou perfeitamente para retirar o alto grau de subjetividade do julgador, aproximando a população, por meio da efetivação da igualdade, do (em teoria) acesso à justiça, esse sistema cresceu sobremaneira, impossibilitando que o processo de resolução de conflitos se desse automaticamente num processo de natureza lógico-dedutivo.²⁶

O método dedutivo consiste no raciocínio que parte da compreensão de princípios universais, afunilando-se até o conceito mais simplista e específico do objeto em estudo. Dedução, pois, é a argumentação que vai do “total” para o “particular”. Envolve o trabalho de invocar a lei (premissa maior), demonstrar os fatos (premissa menor) e formular o pedido (conclusão).

Para David a “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades”.²⁷ Entretanto, o autor ressalta que essa técnica como sendo fruto de uma modificação social, trouxe modificações sistêmicas no estudo do direito. O processo da codificação das normas possibilitou a disseminação do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema.

A codificação, todavia, apresentou consequências negativas no sistema de Direito, pois, destaca Grossi, os juristas passaram a se concentrar com exclusividade em seus códigos, ficando perdida a ideia de compreensão e busca da justiça, por meio de decisões voltadas à pacificação social:

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo.²⁸

Marinoni destaca que não é o fenômeno da codificação em si que traça a distinção fundamental entre os sistemas “common law” e “civil law”. Na “common law”, também existe a produção de textos escritos (a exemplo dos “Statute Laws” do direito inglês) a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles. Isso porque, na colisão entre precedentes e legislação, a prevalência é dada para os precedentes. Já na “civil law” ocorre o inverso.²⁹

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 124.

²⁷ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 65.

²⁸ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*, p. 51.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009. p. 46-47.

A REALIDADE BRASILEIRA DE SISTEMA DE “CIVIL LAW” E A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE “COMMON LAW” COM A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

O Brasil adota o modelo jurídico de “civil law”, ou seja, aquele diretamente vinculado à produção legislativa do país, de modo que, conforme preceitua o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei”.³⁰

Conforme destaca Canotilho:

O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção de liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII (...). A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é instrumento que garante a liberdade.³¹

Essa igualdade que no “civil law” foi diretamente associada à estrita aplicação da lei e ao processo de codificação intensa do Direito, o que, Grossi chamou de “legolatria”³² – ou para Canotilho o denominado “Estado legislativo” – foi substituído, aos poucos, pela ideia do chamado “Estado Constitucional”.³³

Canotilho destaca:

Por outro lado, o incontestável fenômeno da inflação legislativa, que permite a alguns conceituar o legislador contemporâneo como um “legislador motorizado” (Zagrebelsky), e a contínua perda do caráter geral e abstrato das normas, ante a profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias, faz transparecer uma evidente “crise de legalidade”, cujo remédio mais imediato pode ser observado no intento das Constituições de estabelecer uma unidade normativa por meio de princípios capazes de permitir a convivência social em meio ao pluralismo inerente às sociedades complexas.³⁴

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 n. CF/88, de 05 de outubro de 1988. Constituição Federal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21/09/2016.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.507-1.508.

³² GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*, p. 80.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1.510.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São, p. 1.511.

Ocorre que, embora o Brasil notadamente obedeça a base de um sistema de “civil law”, não se pode negar que, no ambiente contemporâneo, há desta exclusividade, conforme bem destaca Grossi:

(...) De fato, globalização – para o jurista – significa a ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. Se ontem o legado, o vínculo, entre o direito e a vontade política tinha quase as características da necessidade, agora a virulência e a capacidade de império das forças econômicas impõem outras fontes de produção. O legislador estatal é lento, distraído, vulgarmente dócil aos desejos dos partidos políticos; a justiça estatal não está em condições de corresponder às exigências de rapidez e de concretude da práxis econômica (...). A práxis econômica e as novas mirabolantes técnicas exigem novos instrumentos jurídicos não encontráveis na bimilenar tradição romanista fundamentalmente radicada na noção de coisa corporal que, no final do século XX parece paleolítica aos contemporâneos homens de negócios.³⁵

Para Grossi, o “código” representa uma grande utopia e presunção de que o legislador poderia encerrar em sua “atividade criativa” o universo jurídico das situações antevendo os conflitos sociais e dando sempre resposta pronta, sensata, perfeita e que melhor se amoldaria sobre uma determinada situação. Essa utopia é desmascarada com a globalização que se opõe à codificação, pois aquela busca atingir com o Direito a flexibilidade, a oralidade e mutabilidade das normas.³⁶

Grossi descortina a imagem do sistema “piramidal” base do sistema de “civil law”, esclarecendo que o que existe atualmente é um processo de horizontalidade do campo normativo:

Por isso, a velha imagem de pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica. E os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede, em um sentido bem diferente de como a invocamos para concretizar a ideia de filtro entre fatos e direito, no sentido de substituir a imagem piramidal protestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, por uma relação de recíproca interconexão.³⁷

Nesse contexto, da formação de uma “sociedade globalizada”, sem fronteiras econômicas e de comunicação instantânea, ditada pelas regras de mercado, que compartilha necessidades comuns, fica enfraquecida a dicotomia entre os

³⁵ GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 76-77.

³⁶ GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*, p. 80-82.

³⁷ GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*, p. 83.

sistemas da “civil law” e “common law”, o que Cappelletti denomina “convergência evolutiva”.³⁸

A intercomunicação dos sistemas não é de todo pernicioso, sobretudo se for para trazer alternativa aos países de tradição romano-germânica a se libertar do rigorismo da norma, por meio da interpretação sistemática do Direito na busca da equidade. O exemplo mais evidente disso é que aludidos países (e o Brasil se inclui neste rol) incorporaram, dentro do Judiciário, a técnica dos precedentes judiciais do sistema do “common law”.

No Brasil, a cada dia se tem prova da força dos precedentes judiciais, sobretudo nas regras insertas no novel Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), mormente no seu artigo 92,³⁹ e também o uso das consagradas Súmulas Vinculantes introduzidas pela Lei n. 11.417/2006.

Só que a forma pela qual se deu a incorporação dos precedentes judiciais no modelo brasileiro contraria a forma pela qual foi desenvolvido nos países da “common law”, já que nestes países os precedentes judiciais não são tratados como fórmulas abstratas e genéricas (tais como são os enunciados de Súmulas Vinculantes no Brasil), mas sim nos países do “common law” os precedentes (ou “binding precedents”, que equivalem às súmulas vinculantes brasileiras) estão vinculados ao caso concreto que os originaram. Ainda, a forma de aplicação (ou superação do precedente) é feito por meio de um exercício de comparação entre os fatos do caso originário com aqueles a que se pretende utilizar o precedente, sempre na busca do atingimento da pacificação do conflito.

Nessa linha, fala-se em “distinguishing”, a técnica do confronto do precedente *versus* caso concreto, para se afastar a aplicação da solução empregada no paradigma (precedente) no caso *sub judice*.⁴⁰

Paralelamente ao “distinguishing”, existe no direito do “common law” a superação de um precedente (para a substituição por outro precedente) pela técnica denominada “overruling”.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993. p. 123-124.

³⁹ “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” (BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/09/2016).

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 402-403.

A doutrina do precedente considerada clássica no direito dos Estados Unidos é a formulada no caso “Hertz v. Woodman”, no qual, segundo Pomorski (1975), embora os Tribunais tenham de aplicar a súmula (“precedent”) ao caso similar, isso não permite que eles não realizem a verificação (comparação) das razões fáticas que integraram o precedente e se estas coincidem com o caso concreto posto à decisão:

(...) Although courts are under an obligation to apply binding precedents this duty is subject to the decision of the court hearing the case. When it is said that a court is bound to follow a case, or bound by a decision (...) what it means is that a judge is under an obligation to apply a particular “ratio decidendi” to the facts before him in the absence of a reasonable legal distinction between those facts and the facts to which it was applied in the previous case. As we see this obligation is by no mechanical. For aside from the whole sometimes complicated technique of interpretation followed by the court in order to define “ratio”, the second stage involves a comparison of the material facts of the precedent and the facts of the case before the court. The court is bound there is no reasonable legal distinction between the two groups of facts.⁴¹

Para Pomorski, portanto, aplicação dos precedentes pelos tribunais do “common law” pode ser encarada de três formas: (i) como regra os precedentes devem ser seguidos, porque, com base no interesse da sociedade, o Direito deve ser estável e uniforme; (ii) o Tribunal é livre ou deve se afastar da aplicação de um precedente, se, por modificação das circunstâncias ou das necessidades sociais, a adesão à decisão do precedente possa resultar em prejuízo ao interesse público (ou desestabilidade do Direito); e (iii) a valoração quanto a uma decisão deve ser ou não seguida baseada em um critério de utilidade social, buscando o tribunal tomar a decisão mais justa, inclusive trazendo justificação suficiente para a derrogação do precedente (“overruling”).⁴²

Com efeito, a estagnação da norma não resolve os conflitos sociais que precisam de demandas efetivas (e que atendam às características de novos direi-

⁴¹ POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*. 2. ed. Warszawa, Poland: Polish Scientific Publishers, 1975. p. 44. “Embora os tribunais tenham a obrigação de aplicar súmulas vinculantes, este dever está sujeito à oitiva [prévia] do caso concreto pelos tribunais. Quando se diz que um tribunal é obrigado a seguir um caso, ou vinculados por uma decisão [...] significa que um juiz tem a obrigação de aplicar uma determinada “ratio decidendi” para os fatos antes dele, se ausente distinção legal razoável entre estes fatos e os fatos a que fora aplicado [o precedente] no caso anterior. Como vemos, esta obrigação não é meramente mecânica. Para além de toda a técnica, por vezes, é complexa a interpretação seguida pelo tribunal a fim de definir a “ratio”, sendo esta a segunda etapa que envolve uma comparação dos fatos relevantes do precedente e os fatos do caso perante o tribunal. O Tribunal é obrigado a aplicar o precedente, quando não houver distinção jurídica razoável entre os dois grupos de fatos”. (Tradução livre do autor.)

⁴² POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, p. 44-48.

tos). É justamente a evolução, e a correção dos precedentes anteriores (leia-se: que não atendem mais aos anseios sociais) que se tem o “*overruling*”.

Sobre o “*overruling*”, e a revogação do precedente, destaca Marinoni, que nem sempre será a melhor decisão, caso esta trazer instabilidade e prejuízos maiores do que a própria manutenção do anterior precedente a que se pretende revogar. De modo que, para que o “*overruling*” não tenha efeitos retroativos, é necessário que as situações e relação jurídicas estejam pacificadas e devidamente justificadas sua manutenção (segurança jurídica e ato jurídico perfeito). Do contrário, o incorreto afastamento do “*overruling*”, na verdade, pode representar, no caso concreto, a fossilização do precedente.⁴³

Todavia, a forma como vem sendo utilizado o precedente no Brasil é equivocado, porque (i) não existe a preocupação de se construir um precedente com base do estabelecimento de premissas fáticas objetivas e que deverão necessariamente coincidir com os fatos do futuro caso concreto que se venha invocar o uso do precedente; (ii) o que se viu no Brasil foi o estabelecimento de precedentes que se prestam para criar rol de “jurisprudências defensivas” obstativas de seguimento de recursos nos tribunais e negativas de direitos aos jurisdicionados, mormente quando estes pleiteiam direitos contra o poder público, tema desenvolvido no próximo capítulo.

Se por um lado a aproximação dos sistemas de “*common law*” e “*civil law*” se tornou necessária, a fim de possibilitar a dinamização da norma jurídica, para atingir os primados de efetividade, a forma pela qual está sendo utilizada no Brasil traz insegurança, porque a criação de “precedentes” pelo Judiciário não visa atingir a justiça (equidade), tal qual fora idealizado no modelo inglês e norte-americano, mas sim visa desafogar o próprio Judiciário do número de demandas que estão sendo postas a julgamento.

A APLICAÇÃO DESENFREADA DOS PRECEDENTES COMO JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA QUE COMPROMETEM A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

São inúmeros os exemplos de que no Brasil a técnica ou utilização dos precedentes judiciais não serve à efetivação da justiça (da forma como foi idealizada no modelo do “*common law*”), mas sim visa servir ao próprio Judiciário para desafogar o número de demandas que são postas ao julgamento todos os dias.

Para exemplificar, conforme dados obtidos no Relatório Estatístico de 2015 do Superior Tribunal de Justiça, o número expressivo de recursos rejeitados no STJ (seja pela inobservância de requisitos extrínsecos ou intrínsecos) em núme-

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011. p. 255-284.

ro totais, ou seja, sem mencionar a natureza do incidente recursal rejeitado, chegou-se no total de R\$ 77,86%, pois do total de julgados em 2015 (461.490), apenas 11,75% foi dado provimento, a 58,89%, negado, 18,97% não foram conhecidos, 4,58% encontravam-se na categoria “outros” (homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflitos de competência, entre outras decisões) e 5,81% sem teor de decisão.⁴⁴

Medina lança importantes críticas sobre esse tema:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei.⁴⁵

Dentro dos complicadores, pode-se citar o problema da chamada “repercussão geral”, introduzida pela Lei n. 11.418/2006, que obriga o recorrente no recurso extraordinário provar a existência de pertinência temática de seu “case” em nível de interesse nacional (a questão de direito – violação constitucional – do recurso extraordinário deve ultrapassar os interesses subjetivos das partes).

Outro problema, vinculado ao anterior, é a utilização da Súmula 284 do STF⁴⁶ e a questão da deficiência da fundamentação para a demonstração da repercussão geral. Diz o verbete da aludida súmula: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Essa súmula é perigosa, no sentido de atribuir total discricionariedade aos ministros do Supremo a interpretação do conceito jurídico indeterminado da

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. Relatório estatístico. Brasília, Df: Boletim Estatístico, 2015. 26 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relatorio Estatistico de 2015(Ultima Versao).pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? Disponível em: <<http://www.http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 14/01/2014.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284. Imprensa Nacional. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21/09/2016.

“deficiência”. O que é deficiente, em termos jurídicos, que impede a compreensão da controvérsia? Como combater essa declaração de “deficiência” por um dos ministros? São perguntas sem respostas objetivas.

Ainda, a utilização das Súmulas 07 do STJ⁴⁷ e 279 do STF⁴⁸ e a malfadada vedação ao reexame de fatos e provas em sede de recurso especial e extraordinário segue a mesma lógica de como enfrentar a violação à norma federal e constitucional sem, ao menos, inteirar-se dos fatos e provas produzidas nos autos e, dentro desse contexto probatório, se realmente foi analisado (e balizado) corretamente pelos juízos inferiores as provas com base nos institutos de lei e da própria Constituição.

Recentemente utilização do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) que impõe ao julgador a ideia da observância dos precedentes judiciais e o problema da definição do que vem a ser precedente, com base do texto legal:

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.⁴⁹

A dificuldade reside no fato de que o aludido artigo não traz um conceito objetivo de precedente e, ainda, confunde conceitos distintos (súmulas vinculantes x jurisprudência x precedentes judiciais) como sendo todos o grande gênero de “precedentes” que dificulta a utilização, a sua compreensão e sobretudo a possibilidade de sua superação, quando invocado pelo juiz ou tribunal contra os interesses do particular.

Segundo Wambier,

⁴⁷ “Súmula 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 07. Diário de Justiça. Brasília, 3 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'>>. Acesso em: 21/09/2016).

⁴⁸ “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. Imprensa Nacional. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21/09/2016).

⁴⁹ BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/09/2016.

(...) a jurisprudência dominante [por meio] da súmula do STJ ou do STF, como parâmetros para a decisão (...) só podem gerar resultados saudáveis se os Tribunais Superiores deixarem de alterar suas decisões. Caso contrário, ousaríamos dizer que a quase todas essas inovações poderão ser consideradas um desastre. (...) Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais ‘grandes viradas’, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer.⁵⁰

Maximiliano⁵¹ esclarece que a jurisprudência não é precedente nos moldes do sistema do “common law”, pois “a jurisprudência é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos. Contribui, como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.”

A jurisprudência no Brasil decorre da interpretação legal dada pelos juízes e tribunais, portanto, representa a própria aplicação da norma à realidade posta, considerando-se apenas o esclarecimento dos termos contidos na norma, ou seja, a jurisprudência ganha caráter meramente interpretativo.

Assim, a jurisprudência na realidade brasileira assume apenas o caráter subsidiário ao direito escrito, diferentemente do que ocorre em países derivados da tradição de “common law”, nos quais as decisões judiciais formam precedentes vinculantes, que são prioritariamente as fontes de direito, passando a legislação a ser complementar.

A jurisprudência, quando consolidada, pode originar súmulas, que são o resultado do procedimento de uniformização de jurisprudência. Este procedimento de uniformização cria as súmulas, que são definidas por Cunha como “enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação para toda comunidade jurídica”.⁵²

Atualmente as súmulas são utilizadas como um norte interpretativo, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. E, apesar de possuírem certa força vinculante, as súmulas não têm a pretensão de criar ou inovar a lei, e sim revelar seu sentido e definir sua aplicação.

As Súmulas Vinculantes, igualmente, são mecanismos criados pela Emenda Constitucional n. 45/2004 com intuito de garantir a uniformidade da interpretação jurídica do texto constitucional ou legal. Não se trata de precedente propriamen-

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito: civil law e common law. Ideias e opiniões. Curitiba, v. 7, out. 2009. p. 4.

⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 187.

⁵² CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O efeito vinculante e os poderes do juiz. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

te dito, porque as súmulas vinculantes não estabelecer enunciados “gerais e abstratos” que serviram para gama indeterminadas de situações jurídicas a partir de sua edição, e terão força vinculativa à administração pública direta e indireta e a todos os tribunais do país. Ora, as súmulas vinculantes são normas jurídicas criadas pelo próprio Judiciário.

Ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 e 987 ambos do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 igualmente não podem ser considerados precedentes, do modelo do “common law”, já que aludido incidente pressupõe, a teor do art. 976, I, do mencionado diploma processual, a “efetiva repetição de processos” em que se controverta “sobre a mesma questão unicamente de direito”.⁵³

Assim, o ponto distintivo reside justamente em: enquanto no “common law” a situação fática é essencialmente verificada para que, havendo similitude (correspondência entre precedente e caso a que se deseja a reprodução do precedente), seja reproduzido o precedente; no incidente de resolução de demanda repetitiva exige-se que se repita a questão essencialmente jurídica de vários casos, pois é pouco importante a questão fática.

Desse modo, não é exagerado concluir que precedente no Brasil hoje é um campo nebuloso e utilizado para fins específicos para o Judiciário obstar o seguimento de recursos, como sendo a representação de uma jurisprudência defensiva, já que desvirtuou, quase por completo, o que efetivamente é o “precedent” de direito inglês e norte-americano, sendo no Brasil focado o uso para os fins de desafogamento do Judiciário e não (propriamente) para atingimento da justiça, por via da equidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo do “common law” idealizado e concebido nas realidades inglesa e norte-americana possui como fonte primária do Direito o “precedent”, ou seja, a construção da solução jurídica com base na utilização de outros casos e soluções tomadas em decisões anteriores, buscando a pacificação social. A equidade possui importante papel no momento do juiz estabelecer o precedente.

O modelo do “civil law”, consagrado após a Revolução Francesa, e que possui como fonte primária do Direito a lei (enquanto representação de um texto escolhido pelos Poder Legislativo), foi o sistema que predominou na Europa Continental (nos países de tradição romano-germânica) e na América Latina, inclusive no Brasil.

⁵³ BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/09/2016.

O sistema do “civil law” foi importante instrumento a serviço dos Estados Modernos, porque permitiu a limitação legal do poder do soberano, por meio da submissão desta ao império legal. O juiz tornou-se, nesse contexto, mero “boca da lei”, que declarava o conteúdo normativo, mas não o criava. Desse modo, houve o enfraquecimento da função criativa dos juízes (e, também, enfraqueceu-se até mesmo a própria entrega jurisdicional).

Atualmente, a miscigenação dos sistemas de “civil law” e “common law”, sendo que naquele sistema a incorporação dos “precedents” deveria ser alternativa para tentar resgatar a justiça (e equidade) do juiz para solucionar os casos concretos que não eram mais possíveis de solução com base na simples leitura fria do texto legal e do processo de subsunção fato-norma.

Todavia, embora deveria ter vindo como alternativa para efetivação da tutela jurisdicional, no Brasil a incorporação dos precedentes vinculantes tergiver-sou da forma pela qual fora idealizado no direito da “common law”.

Os exemplos do que o Brasil chama hoje de precedente (com base no artigo 927, inciso I, do Novo Código de Processo Civil) não o são, pois:

(i) Jurisprudência no Brasil representa a reiteração de um determinado entendimento da norma concreta e não a construção de uma solução com base na análise da situação fática que originou o caso em paradigma;

(ii) Súmulas e súmulas vinculantes também não são precedentes, já que são apenas o resultado de procedimento da uniformização da jurisprudência;

(iii) O novo incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, I do Novo Código de Processo Civil) também não é precedente, já que enfrenta questões meramente de direito (não podendo invadir a situação fática que originou o “leading case”).

Dessa forma, o precedente judicial no Brasil é utilizado pelo Judiciário para fins específicos de construção da jurisprudência defensiva dos tribunais, o que desvirtuou o conceito de “precedent” do direito inglês e norte-americano, o que leva à conclusão da não adoção pelo Brasil de uma doutrina precedencialista propriamente dita.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 n. CF/88, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Lei*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. *Relatório estatístico*. Brasília, DF: Boletim Estatístico, 2015. 26 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/RelatorioEstatistico de 2015(Última Versão).pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. *Diário de Justiça*. Brasília, 3 jul. 1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. *Imprensa Nacional*. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284. *Imprensa Nacional*. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 21/09/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FAZZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando H. Rugno. A tutela interdita: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais? *Revista direitos sociais e políticas públicas – Unifafibe*, v. 2, n. 2, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The evolution of common law. *Journal of Political Economy*. Chicago, p. 43-68. jan. 2007. Disponível em: <http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution_jpe_final.pdf>. Acesso em: 20/09/2016.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 14/01/2014.

POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*. 2. ed. Warszawa, Poland: Polish Scientific Publishers, 1975.

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

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). *Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância*. Birigui: Boreal, 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime D. Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um sistema geométrico variável? In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Sila; NETO, José Querino Tavares (Org.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: Conpedi, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito: civil law e common law. *Ideias e opiniões*. Curitiba, v. 7, out. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

ZITSCHER, Harriet Cristiane. *Metodologia de ensino jurídico com casos: teoria & prática*. Com exemplo do Direito do Consumidor e do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Data de recebimento: 14/11/17

Data de aprovação: 09/08/17