

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO CAMINHO PARA A REDUÇÃO DOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS

THE APPLICATION OF JUDICIAL PRECEDENTS AS A WAY TO REDUCE THE TAX PROCESSES

RENATO LOPES BECHO*

RESUMO: O objetivo deste artigo, desenvolvido a partir de estágio pós-doutoral na Inglaterra, é apresentar a teoria dos precedentes de acordo com a doutrina inglesa e verificar como a atenção às decisões judiciais previamente tomadas poderá reduzir a enorme quantidade de processos brasileiros. O respeito aos precedentes é exigência do Código de Processo Civil de 2015, porém foi desenvolvido em uma sociedade culturalmente muito diferente da brasileira, o que leva à necessidade de comparações como as aqui expostas, que justificarão as diferenças de procedimento frente à origem que certamente ocorrerão. Mas a conclusão é positiva, esperando-se que a técnica acarrete a redução de processos tributários, que correspondem a mais da metade de todos os litígios judiciais entre nós.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado. Precedente judicial. Civil Law. Common Law. Processo tributário.

ABSTRACT: *The purpose of this article, developed from post-doctoral stage in England, is to present the previous theory according to the English doctrine and check how attention to judicial decisions previously taken can reduce the sheer amount of processes. Respect for precedent is a requirement of the Code of Civil Procedure of 2015 but was developed in a society culturally very different from the Brazilian, which leads to the need of comparisons such as the exposed here, that will justify the differences facing the source procedure that will surely occur. But the conclusion is positive. It is hoped that the technique involves the reduction of tax processes, representing more than half of all legal disputes between us.*

KEYWORDS: *Comparative law. Judicial precedent. Civil Law. Common Law. Tax process.*

1 INTRODUÇÃO

Um dos problemas brasileiros é o grande número de ações judiciais, que sobrecarregam o Poder Judiciário e fazem com que a espera pela solução do conflito demore, não raramente, mais de uma década.

* Professor de Direito Tributário na PUC/SP. Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Pesquisador visitante (pós-doutorado) no King's College, Londres. Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Cooperativismo pela UNISINOS/RS. Mestre, doutor e Juiz federal em São Paulo/SP.
E-mail: renatobecho@uol.com.br.

No presente estudo, procuramos expor um pouco desse problema, suas causas e as soluções que estão sendo buscadas. Como não há uma única razão para a sobrecarga existente sobre a máquina judiciária, não haverá também uma única solução. Mas uma medida, determinada no Código de Processo Civil de 2015, tem potencial para melhorar o quadro de forma muito significativa, notadamente se aplicado nos processos tributários: o respeito às decisões precedentes firmadas pelo próprio Poder Judiciário, tomadas como razão de decidir nos casos futuros, o que é próprio do sistema do *Common Law* e, em princípio, atípico para um país que adota o sistema do *Civil Law*. Na Inglaterra, desenvolveu-se uma teoria do precedente judicial como ferramenta do *Common Law*, cuja principal característica pode ser considerada a estabilidade da jurisprudência. As mudanças do CPC decorrem do fato de que a sociedade almeja ter *segurança jurídica*, que não lhe tem sido fornecida, sendo um dos fatores a instabilidade jurisprudencial.

Considerando que a aplicação dos precedentes é típica da Inglaterra, cujo sistema jurídico é muito diferente do nosso, mas que, claramente, influenciou o legislador brasileiro no novo CPC, buscamos naquele país elementos para compreender a nova legislação e avaliarmos a dimensão que pode causar as novas regras processuais entre nós, notadamente em matéria tributária.

Inicialmente, apresentaremos percepções pessoais sobre alguns problemas jurídicos nacionais e as soluções que estão sendo buscadas, inclusive pelo CPC. Onde pode ser considerada a segunda parte deste estudo, iniciaremos a comparação entre o Brasil e a Inglaterra, começando com as dificuldades enfrentadas em nossa pesquisa quanto à língua e na observação de sociedades tão diferentes. Com tais menções, abordaremos o sistema dos precedentes judiciais e mencionaremos como esse sistema está estabelecido no CPC de 2015. Por fim, apresentaremos nossas conclusões sobre a pesquisa desenvolvida.

2 ALGUNS PROBLEMAS JURÍDICOS BRASILEIROS E AS SOLUÇÕES QUE ESTÃO SENDO BUSCADAS

Parece inegável que o Brasil possui problemas jurídicos (e judiciais) intensos, muitos deles de difícil solução, mas que estão sendo enfrentados. Eis, a nosso sentir, alguns que são marcantes e que podem envolver o tema proposto, ou seja, a busca pela redução dos processos judiciais.

2.1 LIVRE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E RELATIVO BAIXO CUSTO PARA UTILIZÁ-LO

Começando com um dado que nos parece muito positivo, a Constituição Federal de 1988 garante o livre acesso ao Poder Judiciário e a isenção de custas para aqueles que não podem com elas arcar sem redução de sua situação econômica.

Sem dúvida, o livre acesso ao serviço público judicial é providência salutar, que permite às pessoas buscar e defender seus direitos. Todavia, isso estimulou o surgimento de incrível número de ações, acrescido pelo fato de termos, na prática, quatro níveis de jurisdição. Foi necessário e bem vindo, nesse contexto, as barreiras que estão sendo desenvolvidas para limitar o acesso aos tribunais superiores e ao Supremo Tribunal Federal.

O baixo custo de acesso ao Poder Judiciário, aliado ao fato de que o Poder Executivo, de todos os níveis, usa o processo judicial sem pagar custas, recebendo ainda a benesse legal de, se perder a lide, suportar ônus mínimos ou menores do que aqueles devidos pelos particulares, faz com que tenhamos números impressionantes. De acordo com a estatística do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no início de 2014 tínhamos 70,8 milhões de processos judiciais, sem contar os do Supremo Tribunal Federal; ingressaram 28,9 milhões de novos feitos e 28,5 milhões foram definitivamente concluídos.¹ Presume-se, portanto, que o ano de 2015 tenha iniciado com 71,2 milhões de processos estocados.

1 BRASIL. “Justiça em Números 2015 (ano-base 2014)”.

Uma parte muito expressiva dessa demanda é de causas tributárias. Somente as execuções fiscais respondem por 51% do acervo acima descrito. E, para se ter uma verdadeira dimensão do direito processual tributário no conjunto de demandas, há que se incluir, além das execuções, os mandados de segurança em matéria tributária, que não são poucos; as ações anulatórias de débito fiscal; as cautelares propostas pelo Fisco e pelos contribuintes; as ações de repetição de indébito, etc. Tais procedimentos, todavia, ainda não são apresentados de forma destacada pelas estatísticas oficiais. Além disso, se somem os processos administrativos tributários de todos os níveis da federação e se perceberá quão forte é a litigiosidade envolvendo os tributos em nosso país.

Pode ser interessante, também, em um ambiente de estatística, buscar medir a produtividade dos juízes brasileiros e tentar comparar com os de outros países. Considerando as diferenças nas diversas divisões da magistratura nacional (estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral, por vezes com diversas subdivisões fruto da especialização das competências), não basta dividirmos o número acima pela quantidade de juízes para termos uma aproximação da produtividade, sob pena de gerarmos uma distorção importante. Entretanto, ao menos em parte significativa da Justiça, incluindo-se os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal, há que se reconhecer que muitos magistrados são dependentes de elevado número de assessores, posto ser humanamente impossível para uma pessoa julgar centenas de feitos por dia.

Por isso, muitas providências estão sendo tomadas para enfrentar o excesso de litígios judiciais, inclusive pela forma como os magistrados devem ver a jurisprudência. Destacamos outro dado positivo: com o Código de Processo Civil de 2015 o Estado passa a ter que arcar com ônus de sucumbência mais ou menos tabelados. Com isso, o poder público gastará muito mais com os processos que vier a perder. É possível supor que os agentes encarregados de proporem novas demandas evitem aquelas que forem temerárias.

2.2 EXCESSO DE FACULDADES DE DIREITO

O Brasil possui 1.240 cursos jurídicos, enquanto o restante do mundo tem 1.100, conforme dados coletados pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Contamos com 1 milhão de advogados e mais 3 milhões de bacharéis em direito,² para uma população estimada, em 2014, de 202,7 milhões de pessoas.³ E, considerando que não há diferença formal entre eles, todos têm acesso, por exemplo, ao Supremo Tribunal Federal. Não é a realidade de todos os países. A Inglaterra os divide entre *solicitor* e *barrister*, com competências diferentes, inclusive na proposição de causas e recursos dependendo do nível do tribunal.

Algumas barreiras para o aumento do número de advogados são notadas, destacando-se o *exame da Ordem dos Advogados do Brasil*. Quanto às providências do Poder Executivo, o Ministério da Educação tem exigido, ao menos no nível da pós-graduação, melhorias no ensino. Mas um dado a ser destacado é que, em realidade, é possível identificar-se uma necessidade corporativa da classe dos advogados pelo amplo acesso ao Poder Judiciário, inclusive aos tribunais superiores. Ela alimenta a necessidade da apresentação de grande número de recursos, dificultando a finalização dos processos.

2.3 BAIXA VALORIZAÇÃO DOS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU

Considerando a facilidade de acesso aos tribunais de apelação (juízos de segundo grau), inclusive para o salutar cumprimento do princípio do devido processo legal, que inclui o acesso ao Poder Judiciário, amplo direito de defesa, juiz natural e recursos etc., a Justiça de Primeira Instância torna-se, não raramente, apenas uma passagem para os Tribunais. Com isso, os grandes litigantes nacionais (grandes prestadores de serviços públicos delegados ou

2 “Brasil, sozinho, tem mais faculdades de direito que todos os países”, de 14.10.2010. Disponível em: www.oab.org.br. Consultado em 23.02.2016.

3 Fonte: Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/08/populacao-brasileira-ultrapassa-202-milhoes-de-pessoas>. Consultado em 23.02.2016.

concedidos, bancos etc.) seguem o exemplo do maior usuário do Judiciário, o próprio Poder Público. Assim, a administração pública e algumas grandes empresas têm interesses convergentes entre si, inclusive com a Advocacia, na manutenção de um amplo leque de recursos, reduzindo a efetividade das decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau.

Para os tribunais superiores, contudo, têm sido postas importantes barreiras, como as súmulas vinculantes, a repercussão geral, o efeito dos recursos repetitivos etc. Esse ponto será abordado no item 3, abaixo, bem como os avanços requeridos pelo CPC/2015 na estabilização da jurisprudência, que poderá auxiliar na redução dos recursos apresentados.

Mas é real a necessidade de valorização do juiz singular. Tanto assim que o Conselho Nacional de Justiça lançou a *Política Nacional de Priorização do 1º Grau de Jurisdição*,⁴ programa que, salvo engano, visa questões administrativas, como dotações orçamentárias melhor equilibradas entre os diversos graus de jurisdição.

Por outro lado, acaso tenhamos a almejada estabilização na jurisprudência, pela aplicação da teoria dos precedentes (desenvolvida no item 5, abaixo), acreditamos que haverá, no médio e longo prazo, uma redução significativa nos recursos, notadamente em temas processuais tributários.

2.4 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

O princípio do livre convencimento motivado do juiz pode estar sendo superestimado pelos julgadores, de todos os níveis. Não é difícil identificar decisões com pouca ou fraca motivação, em parte como um dado cultural, em parte pelo julgador estar com olhos voltados para a estatística e para os controles de produtividade, mencionados no item 2.1, acima. Parece que há uma cultura do “decido assim porque estou convencido disso”, que tem um efeito perverso nos recursos, em todos os níveis, que é a fácil alteração

4 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao>, acesso em 23/05/2016.

da decisão anterior.⁵ Como será visto em outro momento (item 5), não é a cultura jurídica inglesa.

O livre convencimento motivado do juiz, que deveria ser em relação à análise das provas e não uma liberdade de decidir diante dos textos legais, alimenta a valorização do recurso e não a valorização da decisão anterior, gerando um sistema injusto, pois casos iguais recebem decisões diferentes. Essa injustiça foi muito bem apresentada no legítimo incômodo descrito por Luiz Guilherme Marinoni.⁶

Deve-se abordar, contudo, o ponto da motivação da referida liberdade de apreciação. Uma defesa do princípio haverá de destacar que o juiz tem que motivar suas decisões a fim de cumprir com referido poder. Entretanto, esse argumento esbarra em uma característica marcante do direito, notadamente o brasileiro: a facilidade com que se encontra motivação para uma decisão judicial. Fruto de uma sociedade complexa e com interesses antagônicos, não é difícil localizarmos textos legais antagônicos no ordenamento legal. Nossa Constituição Federal é extensa e minuciosa em vários pontos, inclusive quanto aos princípios jurídicos. E, como já foi amplamente destacado pela melhor doutrina,⁷ os princípios constitucionais não são, normalmente, sujeitos a técnicas de hermenêutica próprias das regras jurídicas, em que um supera o outro, como ocorre com as leis pela visão tradicional. Os princípios são interpretados por meio de um *balanceamento* entre eles. Assim, se um julgador prefere basear-

5 Tomamos a liberdade de demonstrar a cultura acima mencionada com uma ocorrência envolvendo um juiz substituto durante estágio na Escola da Magistratura que veio nos relatar ter alterado uma decisão do juiz titular da vara porque pensava diferente. Isto nos parece um indício de que não temos a cultura de “corrigir uma decisão judicial”. Temos a do livre convencimento do julgador.

6 MARINONI, 2014, p. 11.

7 Veja-se a exposição sobre quando os princípios “entram em conflito e interagem uns com os outros”, na defesa de posição de DWORKIN, 2002, p. 114; as colisões de princípios exposta por ALEXY, 2008, p. 91 e s.; e Canotilho, *in verbis*: “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica”. CANOTILHO, 1991, p. 545.

-se em um princípio e aquele que decide um recurso, inclusive em *embargos de declaração*, basear-se em outro princípio, a decisão judicial, ainda que *correta*, será reformada.

Contudo, não é difícil encontrarmos textos legais aparentemente antagônicos também na legislação infraconstitucional. Notadamente no direito público, quando há interesse social imediato (a causa) e interesse social mediato (o direito) contrapondo as partes, haveremos de encontrar, com facilidade, uma regra que confere algum direito ao demandante ou ao demandado, o que permite facilmente a motivação de qualquer decisão. Só que o interesse individual do administrado pode estar localizado no interesse público mediato, reequilibrando a balança em desfavor do interesse público imediato. Todavia, seria possível (i) uma decisão diferente caso outro texto legal também fosse aplicado ou, ao menos, (ii) uma decisão judicial melhor fundamentada, caso todos os pontos fossem abordados. Esse aspecto esbarra na realidade estatística apontada anteriormente, mas é um ponto de atenção no Código de Processo Civil de 2015, que estabelece:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[omissis]

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

[omissis]

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Portanto, com o novo CPC, o comando legal é para que o magistrado decida uma causa abordando todos os pontos relevantes, não bastando mais a apresentação genérica de fundamentação ou deixando de lado alguns aspectos que considere prejudicados pelo que fora enfrentado.

Por outro lado, além de os juízes brasileiros nem sempre terem condições de abranger toda a legislação que possa estar implicada com suas decisões, pela enorme quantidade de feitos que tem para decidir, nossa cultura dá, ainda, pouca atenção à jurisprudência, inclusive pelas próprias cortes de onde ela emana e, ainda que raro, pelo mesmo julgador. Não estamos nos referindo à mudança de entendimento, mas à possibilidade de julgamento diferente de-

pendendo de fatores que não estão fixados na lei. Existem decisões conflitantes dentro de órgãos fracionários do mesmo tribunal, por exemplo, que perduram por anos, demonstrando o pouco apreço pelos precedentes jurisprudenciais.

Veja-se o que foi exposto com muita coragem pelo Min. José Delgado, ao proferir conferência em que abordara o papel da jurisprudência e do STJ no cenário nacional:

Dentro desse campo, chamo-lhes a atenção para o que está acontecendo no Superior Tribunal de Justiça. Quero que bem me compreendam: não estou aqui fazendo uma crítica, porque eu mesmo tenho participado das decisões que agora vamos comentar – quero tão somente tratar de realidades concretas. [...]

Fecho essa parte e abro-lhes a seguinte, para lhes demonstrar que o levantamento que efetuei, da semana passada para cá, preparando-me para esta palestra, mostra que o STJ, hoje, se depara com pelo menos 33 – vejam bem, não terminei o levantamento – decisões conflitantes entre turmas, que por isso são, evidentemente, imprevisíveis, todos a demonstrarem incerteza.⁸

Também é expressivo o conhecido voto *banana boat* do Min. Humberto Gomes de Barros, exarado nos seguintes termos:

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica [...].

Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.⁹

8 DELGADO, “A imprevisibilidade das decisões judiciais”, disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20885>. Consultado em 29/02/2016.

9 BRASIL, 2011.

Não temos dúvida de que todas as decisões a que se referiam os Ministros José Delgado e Gomes de Barros foram motivadas. O problema é que, pela forma como os juízes estão aplicando o princípio do livre convencimento motivado, não se respeita as decisões judiciais anteriores, inclusive da própria Corte de que fazem parte, causando enorme insegurança jurídica.

Compare-se o quanto citado como a seguinte assertiva:

É um princípio básico de administração da justiça que casos iguais devem ser decididos igualmente. Isto é o quanto basta dizer pelo fato de que, em praticamente todas as jurisdições, um juiz tende a decidir um caso no mesmo sentido em que um caso similar foi decidido por outro juiz. A força dessa tendência varia grandemente. Isso pode ser pouco mais do que uma inclinação em fazer o que os outros fizeram antes ou pode ser o resultado de uma obrigação positivada em seguir uma decisão prévia na ausência de justificativa em se afastar dela. O precedente judicial tem efeito persuasivo praticamente em todo lugar porque o *stare decisis* [está decidido – esclarecemos] (mantenha o que foi decidido anteriormente) é uma máxima praticamente de aplicação universal. A particular característica da doutrina inglesa do precedente é sua natureza fortemente coercitiva. Os juízes ingleses são, à vezes, obrigados a seguir uma decisão apesar de haverem, por outro lado, boas razões para não fazê-lo.¹⁰

A realidade brasileira infirma, categoricamente, os ares de universalidade que foram apontados pelos autores ingleses. Todavia, é importante identificarmos, mediante fácil comparação, que, nos parágrafos anteriores, coletamos depoimentos de profissionais que vivem em realidades opostas. Em uma delas, há julgadores de ele-

10 CROSS; HARRIS, 1991, p. 3. Tradução livre, nossa. No original consta: “It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike. This is enough to account for the fact that, in almost every jurisdiction, a judge tends to decide a case in the same way as that in which a similar case has been decided by another judge. The strength of this tendency varies greatly. It may be little more than an inclination to do as others have done before, or it may be the outcome of a positive obligation to follow a previous decision in the absence of justification for departing from it. Judicial precedent has some persuasive effect almost everywhere because *stare decisis* (keep to what has been decided previously) is a maxim of practically universal application. The peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature. English judges are sometimes obliged to follow a previous case although they have what would otherwise be good reasons for not doing so”.

vadíssimo nível que valorizam muito pouco as decisões anteriores, inclusive por elas tomadas, enquanto outros julgadores, de país e sistema jurídico diferente, são levados a aplicar decisões anteriormente dadas, ainda que possuam fortes motivos para não fazê-lo.

É dentro desse ambiente que está, provavelmente, a grande mudança do novo Código de Processo Civil de 2015, com as exigências de apreciação de todos os argumentos trazidos pelas partes e pelo respeito às decisões judiciais anteriores, de cada órgão e daqueles que lhe são superiores, o que é típico da Inglaterra. O estipulado no novo CPC envolve uma mudança importantíssima na consideração das fontes do direito. Mas vamos nos ater, aqui, em seguida, como tal Código dispõe a respeito do dever dos juízes de passar a seguir os precedentes judiciais.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A APLICAÇÃO DO SISTEMA DOS PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas inovações para o direito brasileiro, que exigirá novas considerações por parte da doutrina e novos procedimentos judiciais e administrativos. As alterações procedimentais são grandes, como, por exemplo, o fim dos processos cautelares como “entidades autônomas”. Mas nossa atenção se volta para questões de fundo que interferem na teoria geral do direito e até na filosofia do direito, como a aplicação subsidiária do CPC a todos os processos administrativos (art. 15) e a obrigação de aplicação dos precedentes pelos próprios tribunais e pelos juízes que lhe são hierarquicamente inferiores (artigos 926 e 927).

Considerando que nosso objetivo não é propriamente descrever o que há de novo em todo o CPC de 2015, nos permitiremos ser muito breves nesse item, indicando apenas os artigos que interessam para este estudo. Conforme já apontado anteriormente, o art. 489 inova ao considerar, em seu § 1º, inc. IV, não fundamentada a decisão que deixar de enfrentar todas as questões postas e que possam influenciar no resultado do julgamento. Além disso, os demais incisos também inovam nosso ordenamento jurídico, ao

determinar que toda decisão judicial não poderá, apenas, “invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc. V), que pode ser visto como a versão brasileira para o *applying* do direito inglês (a ser abordado abaixo), o que confere efeito vinculante ao precedente, quer seja persuasivo (*persuasive*) ou obrigatório (*binding*). Também há que se destacar que não será considerada fundamentada a 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” (inc. VI), que podem ser expressões do *distinguishing* e do *overruling*, que serão apresentados no item 5, *infra*.

O art. 926 se dirige para os próprios tribunais, que “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, nos moldes das cortes inglesas. O art. 927 amplia o efeito vinculante das decisões do STF, do STJ e do plenário ou órgão especial de cada tribunal, o que pode ser de constitucionalidade duvidosa,¹¹ mas está na linha de conduta da Justiça Inglesa.

Os artigos do CPC/2015 aqui indicados estimularam-nos a buscar conhecer um pouco o sistema jurídico inglês. Mas acreditamos que não basta mencionarmos a teoria dos precedentes sem expor as dificuldades inerentes em se comparar países, culturas e até línguas tão diversas. É o que faremos em seguida.

4 DIFICULDADES NA COMPARAÇÃO JURÍDICA ENTRE BRASIL E INGLATERRA

Tratar da aproximação do sistema brasileiro com o sistema inglês não é tarefa fácil. Há barreiras difíceis de serem transpostas, como a língua, a história e a cultura, por exemplo, de países tão diferentes. Buscaremos, neste item, expor nossas impressões a respeito.

11 Afinal, a Constituição Federal “reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade”, conforme apontado por José Rogério Cruz e Tucci. (TUCCI, 2015, p. 150).

4.1 DIFICULDADES COM A LÍNGUA E COM INSTITUIÇÕES JURÍDICAS DIFERENTES

Talvez a primeira dificuldade para quem busque fazer um estudo de direito comparado entre os sistemas jurídicos inglês e brasileiro seja as dificuldades com a língua. Esta é uma barreira significativa, registrada por Teresa Arruda Alvim Wambier, que consignou que “não fazia a mais pálida ideia do tipo de dificuldades que iria encontrar”.¹² Não é raro a verdadeira impossibilidade de traduzir algumas palavras, sob pena de se cometer impropriedades. Isso porque alguns institutos ou termos expressam algo sem similar no Brasil, o que exige a tomada de posição do intérprete. A melhor nos parece ser buscar explicar o significado, e não a tradução do termo, como o fez Teresa A. A. Wambier, expondo os problemas encontrados em uma tradução feita.¹³ Essa solução poderá ser idiossincrática, mas é a melhor e foi seguida por nós.¹⁴

É o caso, por exemplo, dos *Inns*, um misto de *ordem dos advogados*, como conhecemos, e das antigas *guildas medievais*, posto fazerem parte da formação do profissional que é aceito por eles e envolvia, ao menos no passado, a hospedagem e a alimentação de seus membros. Em outras palavras, uma pessoa aceita em um dos quatro *Inns* da Inglaterra trabalha e *estuda* na mesma instituição. Como se vê, não é tarefa simples a comparação do direito inglês com o direito brasileiro.

12 In ANDREWS, 2012, p. 17.

13 “Expressões que realmente não têm equivalentes, nem mesmo próximos, foram mantidas em inglês e explicadas em nota de rodapé, quando aparecem poucas vezes no texto, por exemplo, Fellow ou College. Quando aparecem repetidamente, estão no glossário, também a seguir”. ANDREWS, 2012, p. 19. A propósito, os *colleges* parecem se assemelhar, em uma comparação imperfeita, a uma *escola técnica*, na nossa visão.

14 Confira-se a solução dada por Teresa Wambier: “7. Optamos por não proceder à tradução absolutamente literal desta obra, mas por encontrar expressões razoavelmente equivalentes, mesmo na linguagem coloquial – exemplo: giving the cherry a second bite: tentar algo novamente. Por outro lado, muitas vezes, para traduzir uma só expressão em inglês, optamos pelo uso de uma frase inteira em português, por amor à clareza”. In ANDREWS, 2012, p. 19.

Quanto a palavras de difícil tradução, trazemos, a título de ilustração, como se nos apresentou as “High Courts” e “tribunals” que, em tradução literal, seriam *Altas Cortes e tribunais*, denominações vigentes antes da alteração legislativa levada a cabo em 2007, que reestruturou os órgãos do Poder Judiciário, mas ainda amplamente consideradas.

As *High Courts* estão abaixo da “Court of Appeal” (Corte de Apelação) e da “Supreme Court”¹⁵ (Corte Suprema, que substituiu, por reforma constitucional de 2005, o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes – órgão tradicionalmente legislativo cuja acessão se dá por título nobiliárquico hereditário ou honorífico –, que funcionava como órgão de cúpula do Poder Judiciário). Os julgamentos nas *High Courts* são feitos, em regra, por um julgador individual e alguns casos podem ser apresentados perante um advogado que atue como *assistente de juiz da alta corte* em tempo parcial (“part-time as Deputy High Court judges”¹⁶). Não raro, as *Hight Courts* funcionam como instância inicial. Como nos indica Renato Nazzini, os processos judiciais cíveis em direito da concorrência podem ser ajuizados, na Inglaterra e no País de Gales, perante a *Hight Cort* ou, em certas circunstâncias, perante o Tribunal de Apelação especializado em Competição.¹⁷ Nesse sentido, as *High Courts* do direito inglês podem ser equivalentes, em um certo sentido, aos *fóruns* brasileiros.

Por isso, esclarecemos, desde logo, que, quando um autor inglês menciona *court*, cuja tradução mais fácil é *corte*, ele está se referindo ao Poder Judiciário, já que os nossos *fóruns* equivalem também a *courts*.

15 Vide ANDREWS, 2012, p. 24; MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 70.

16 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 74.

17 NAZZINI, 2004, p. 106. O indicado consta do seguinte trecho: “Judicial proceedings in competition law matters may be civil or criminal. Civil actions may be brought in England and Wales before the High Court or, under certain circumstances, before the Competition Appeal Tribunal”.

Já os *tribunals* funcionam como um dos quatro tipos de órgão judiciário de primeiro grau inglês.¹⁸ Mas podem ser, também, sinônimo de *corte*, como acontece no Brasil.¹⁹

Contudo, mais importante do que buscar uma comparação entre órgãos do Poder Judiciário inglês e brasileiro, voltemos para a tentativa de comparação entre os sistemas jurídicos, que guardam os problemas de barreira linguística que se comenta, conforme ilustramos ainda uma vez com a assertiva de Teresa A. A. Wambier:

O sistema inglês integra a família dos sistemas de Common Law, cujas características mais marcantes são o fato de as normas jurídicas derivarem não da lei escrita (Statutory law), mas de decisões judiciais (precedents), que são vinculantes (binding). Estes precedentes (decisões judiciais vinculantes) são publicados em Reports, que, ao pé da letra, seriam relatórios. Muitas vezes, aparecem no texto a expressão ‘relatada’- em um contexto como tal decisão não foi relatada – que significa que a decisão não integra os Reports.²⁰

A busca pela compreensão do *Common Law* e do sistema dos precedentes ocupará o centro de nossas atenções no item 5, abaixo.

4.2 DIFICULDADES NA COMPARAÇÃO DE PAÍSES TÃO DIVERSOS

Consideramos muito difícil comparar um determinado ponto de um sistema jurídico e imaginar como ele funcionará em outra sociedade. Acreditamos que um bom exemplo seja com as *medidas provisórias*, instituto jurídico importado da Itália pelo constituinte de 1988 em substituição ao *decreto-lei* que existia na Constituição Federal anterior e que gera efeitos distintos no sistema parlamentarista italiano e no sistema presidencialista brasileiro.

Chama nossa atenção os efeitos da não aprovação da medida provisória na Itália e o que isso significa: um *voto de censura* que

18 ANDREWS, 2012, p. 24; MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 76.

19 Nesse sentido: Walker Marshall, “Is a judicial tribunal, either of the last resort or otherwise, bound by the principles laid down by itself on previous occasions?”. (MARSHALL, 1860, p. 331-350, *apud* DUXBURY, 2008, p. 40).

20 “Notas sobre a Tradução”. In ANDREWS, 2012, p. 20.

pode levar à queda do *gabinete*. E no Brasil, o que significa a não convalidação de uma medida provisória, com a consequente não transformação em lei? Nada. Isso não significa um voto de censura, ninguém perde seu emprego ou sua função pública, quer seja no Congresso Nacional, quer seja na Presidência da República.

Pois bem, com a ressalva de que um instituto jurídico pode ter características semelhantes em mais de um país, mas funcionar de maneira distinta em cada um deles, vamos consignar algumas impressões na comparação entre a Inglaterra e o Brasil.

O primeiro ponto que chama nossa atenção é relacionado à formação do direito a partir de guerras civis, em um país, e da *cordialidade* em outro.

A comemoração, em 2015, dos 800 anos da *Magna Carta* estimulou, naturalmente, o surgimento de novos estudos ou novos pronunciamentos a seu respeito. Nesse sentido, chamou nossa atenção que esse importante documento jurídico, que gera efeitos até hoje, inclusive no Brasil (como as referências ao devido processo legal, p. ex.), foi uma tentativa de evitar uma guerra civil, em decorrência à repulsa a um aumento da tributação. A História consigna que, logo após a Carta ter sido selada,²¹ o Rei João recorreu ao Papa Inocêncio III, questionando a validade do documento. A *Magna Carta* foi, então, anulada e tornada sem efeito por ordem papal. O resultado foi a eclosão da guerra civil que se tentara evitar. No curso da guerra, nova Carta foi emitida e, após seu término, uma terceira, com conteúdo semelhante à primeira, foi selada. Assim, o direito contido na *Magna Carta* é envolvido por uma guerra civil. Em 1225, uma quarta Carta foi publicada, reafirmando o conteúdo da de 1215.²² Desde então, os princípios ali protegidos foram jurados ao menos 44 vezes por sucessivos monarcas.²³

Na sequência, a história do constitucionalismo inglês possui outras marcas importantes, inclusive duas guerra civis entre o

21 Tais cartas não eram assinadas, mas seladas com o selo real em uma base de cera quente.

22 JUDGE, 2015, p. 11-17.

23 De acordo com WALKER, 1988, p. 95.

rei e o Parlamento (1642 e 1648),²⁴ com a vitória deste. No final, Charles I foi julgado e executado, negando-se a transferir poder ao Parlamento, e os ingleses experimentaram um breve período republicano (1648-1660). Outra revolução depôs James II, o Parlamento entregou a Coroa a William de Orange e sua esposa Mary (filha do rei deposto), que haviam invadido a Inglaterra, mediante aceitação da *Bill of Rights* (de 1689). Este constituiu outro fundamental documento constitucional inglês, onde ficou assentado o princípio de que o governo é exercido pelo Rei-no-Parlamento e encerrando a Revolução Gloriosa.²⁵ A *Bill of Rights* reafirmou comandos contidos na Magna Carta.²⁶

Em 1680, agora em Nova York, novamente em resistência a nova taxaço (aprovada pelo soberano Parlamento inglês), junto com outros episódios ocorridos nas então colônias na América do Norte, os princípios da Magna Carta foram levantados como barreira pelos contribuintes, inclusive a ausência de representantes (cláusula “*no taxation without representation*”) dos colonos, a serem tributados, no Parlamento.²⁷ Mas, em 1765, o Parlamento nega que os *colonos* tivessem os mesmos direitos dos *ingleses*, fazendo surgir nova guerra (que Lord Judge considera mais uma *guerra civil inglesa*²⁸), que resultou na independência das colônias e o surgimento dos EUA.

Por outro lado, o Brasil normalmente não liga seus documentos jurídicos a guerras ou revoltas armadas, ainda que elas tenham existido entre nós. Nossa independência não é marcada por uma luta sangrenta contra Portugal, seguida por alguma *carta de direitos*, bem como a queda do Império não se deu como fruto de uma guerra civil. Nossas constituições, igualmente, não foram marcadas por violentos e longos acontecimentos, ainda que não tenhamos

24 LYON, 2003, p. 221.

25 ARLIDGE; JUDGE, 2014, p. 153-154.

26 JUDGE, 2015, p. 20.

27 LYON, 2003, p. 295.

28 JUDGE, 2015, p. 21.

um passado completamente desprovido de violência política. Aqui, registra-se o conceito de “homem cordial”, de Sérgio Buarque de Holanda, oportunamente lembrado por Luiz Guilherme Marinoni.²⁹

A Inglaterra forjou seu sistema jurídico (o *Common Law*) sobre uma decisão monárquica lembrada até hoje, inclusive por ela permanecer uma monarquia.

Além desse aspecto, há que se destacar outros dados históricos e culturais relevantes, como a idade e o funcionamento de algumas instituições britânicas e brasileiras. Para exemplificar na própria atividade comercial, não são raras empresas inglesas do Século XVIII ainda em funcionamento, como a famosa *Companhia das Índias Orientais*, fundada em 1600, que continua em funcionamento.³⁰ Tais empresas, a nosso ver, guardam uma memória inexistente nas companhias brasileiras.

Prosseguindo na comparação entre Brasil e Inglaterra, almejando compreender o ambiente do direito em ambos para, em seguida, tratarmos de seus respectivos sistemas jurídicos, pode vir a ser útil utilizar alguma medição de respeito ao direito, em cada país, nos moldes que há em suas economias.

De fato, o Produto Interno Bruto – PIB é considerado, globalmente, como um indicativo razoável (ainda que passível de críticas) de medição da atividade econômica e da riqueza dos povos. Ele possui um tímido, mas muito interessante, contraponto no cálculo da Felicidade Interna Bruta – FIB (ou “Gross National Happiness – GNH”, em inglês), que surgiu no Butão, em 1972, por iniciativa do Rei Jigme Singye Wangchuck.³¹ Indicamos que também há o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, usado pelo Programa das

29 “O patriarcalismo e o patrimonialismo, traços particulares da formação da nossa cultura, deram origem ao conceito buarqueano de “homem cordial”, o sujeito que, acostumado ao ambiente íntimo e de troca de favores da família, transforma o espaço público em privado e, exatamente por não poder suportar a impessoalidade e a racionalidade, também vê a lei como algo que deve ser contornado mediante o auxílio do “funcionário patrimonial”, isto é, do funcionário que está na Administração Pública ou da justiça apenas para dela se beneficiar”. (MARINONI, 2014, p. 14).

30 Consulte-se o site da empresa: www.eicfinefoods.com, visitado em 19/02/2016.

31 Fonte: www.wikipedia.org.

Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Aproximando-nos de nossa área de conhecimento, é conhecido o ranking de Percepção da Corrupção, medido pela Transparência Internacional. No índice de 2015, o Reino Unido ocupa a 10ª posição, ao lado da Alemanha e Luxemburgo, enquanto o Brasil ocupa a 76ª posição, ao lado da Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Índia, Tailândia, Tunísia e Zâmbia.³² E, apesar de amplamente desconhecido (ao menos no Brasil), há um índice de cumprimento do direito, também medido por uma organização não-governamental, que é o *World Justice Project* (pode ser traduzido como “Projeto Justiça Mundial”).

O *World Justice Project* trabalha sob o conceito de *rule of law* (Estado de Direito ou governo do direito), apresentado no seguinte sentido:

O Estado de Direito é um sistema no qual os seguintes quatro princípios universais são acolhidos: 1) o governo, seus agentes e servidores, bem como as pessoas e entidades privadas são subordinadas à lei; 2) as leis são claras, publicadas, estáveis e justas; são aplicadas uniformemente; e protegem os direitos fundamentais, incluindo a segurança das pessoas e propriedades e certos direitos humanos essenciais; 3) o processo pelo qual as leis são promulgadas, administradas e aplicadas é acessível, justo e eficiente; 4) a Justiça é entregue a tempo por representantes competentes, éticos, independentes e neutros, que são oferecidos em número suficiente, possuindo recursos adequados e que refletem a composição das comunidades a que eles servem.³³

32 Fonte: www.transparency.org.

33 “What is the rule of law?”. *Projeto Justiça Mundial*. Disponível em <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>. Acesso em 09.03.2016. Tradução livre, nossa. No original consta: “Derived from internationally accepted standards, the World Justice Project’s definition of the rule of law is a system in which the following four universal principles are upheld: 1) The government and its officials and agents as well as individuals and private entities are accountable under the law. 2) The laws are clear, publicized, stable, and just; are applied evenly; and protect fundamental rights, including the security of persons and property and certain core human rights. 3) The process by which the laws are enacted, administered, and enforced is accessible, fair, and efficient. 4) Justice is delivered timely by competent, ethical, and independent representatives and neutrals who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve”.

A partir desses quatro princípios universais, nove itens foram desenvolvidos com o intuito de medir como o Estado de Direito (*governo do direito*) é sentido pelas pessoas comuns em 99 países ao redor do globo, que são:

- 1) limitações dos poderes governamentais; 2) ausência de corrupção;
- 3) abertura governamental; 4) direitos fundamentais; 5) ordem e segurança; 6) aplicação [justa e correta] de regulações; 7) justiça civil;
- 8) justiça criminal; 9) justiça informal [como tribal ou religiosa, p. ex.].³⁴

Pois bem, por tais, critérios, em 2015, o Reino Unido ficou 12º lugar, enquanto o Brasil ficou em 46º.

Em outra vertente, poderíamos buscar comparar a monarquia inglesa com a república brasileira, o sistema parlamentarista deles com o presidencialista nosso, ou a força do Parlamento brasileiro e do britânico. Todavia, preferimos destacar um aspecto que possa estar diretamente relacionado ao tema da pesquisa aqui

34 “What is the rule of law?”. *Projeto Justiça Mundial*. Disponível em <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>. Acesso em 09.03.2016. Tradução livre, nossa. No original consta: “These four universal principles are further developed in the following nine factors of the WJP Rule of Law Index, which measures how the rule of law is experienced by ordinary people in 99 countries around the globe. **FACTORS - Constraints on Government Powers** Factor 1 measures the extent to which those who govern are bound by law. It comprises the means, both constitutional and institutional, by which the powers of the government and its officials and [...]; **Absence of Corruption** Factor 2 measures the absence of corruption in a number of government agencies. The factor considers three forms of corruption: bribery, improper influence by public or private interests, and [...]; **Open Government** [...]; **Fundamental Rights**; Factor 4 measures the protection of fundamental human rights. It recognizes that a system of positive law that fails to respect core human rights established under international law is at best “[...]”; **Order and Security** Factor 5 measures how well the society assures the security of persons and property. Security is one of the defining aspects of any rule of law society and a fundamental function of the state. It [...]; **Regulatory Enforcement** Factor 6 measures the extent to which regulations are fairly and effectively implemented and enforced. Regulations, both legal and administrative, structure behaviors within and outside of the [...]; **Civil Justice** Factor 7 measures whether ordinary people can resolve their grievances peacefully and effectively through the civil justice system. The delivery of effective civil justice requires that the system [...]; **Criminal Justice** Factor 8 evaluates the criminal justice system. An effective criminal justice system is a key aspect of the rule of law, as it constitutes the conventional mechanism to redress grievances and [...]; **Informal Justice** Finally, Factor 9 concerns the role played in many countries by customary and ‘informal’ systems of justice – including traditional, tribal, and religious courts, and community-[-]”

apresentada, uma brevíssima comparação entre a Suprema Corte do Reino Unido e o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A Suprema Corte do Reino Unido foi criada pela Lei de Reforma Constitucional de 2005, resultante da transformação do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, composta pelos mesmos 12 Nobres (detentores de títulos nobiliárquicos ou honoríficos de *Lord* e *Lady*) que ocupavam o órgão anterior. Ela é a instância judicial máxima da Inglaterra, do País de Gales, da Escócia e da Irlanda do Norte. O ponto que queremos destacar é estatístico. Foram apresentados perante a Suprema Corte do Reino Unido, entre 01 de abril de 2014 e 31 de março de 2015, 231 processos, dos quais 88 foram aceitos para serem julgados, 179 tiveram sua apreciação recusada e 2 tiveram a decisão em serem aceitos ou não postergada.³⁵ Em um período semelhante, 2014, os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro proferiram 110.603 decisões monocráticas ou colegiadas.³⁶

Por fim, importante destacar que, na Inglaterra, “raramente os processos terminam por sentença, pois há acordo, na maioria dos casos; as partes, normalmente, reconhecem a vantagem de chegar a um termo comum”,³⁷ o que, claramente (ainda que estejamos nos referindo a sentenças de mérito), não é o caso do Brasil.

Firmadas tais diferenciações, vejamos, agora, como funciona o sistema dos precedentes judiciais ingleses, sem termos – diga-se desde logo – qualquer pretensão de que ele seja aplicado, da mesma forma e com os mesmos significados, no Brasil. Mas acreditamos, como será apresentado no final deste trabalho, que nosso sistema poderá utilizar os precedentes para reduzir os processos judiciais, com grande impacto no processo tributário.

35 REINO UNIDO. The Supreme Court Annual Report and Accounts 2014-2015, p. 26.

36 BRASIL. “Notícias do STF”, de 19.12.2014, disponível em www.stf.jus.br. Consultado em 19/02/2016.

37 ANDREWS, 2012, p. 56.

5 O SISTEMA DOS PRECEDENTES

A baixa consideração para com os precedentes judiciais, uma das características do *Civil Law*, incomodou a sociedade brasileira, posto que geradora inclusive de justa *indignação*, como registrada por Luiz Guilherme Marinoni.³⁸ Afinal, como justificar e aceitar que o Poder Judiciário conceda o direito para uma pessoa e não conceda para outra, estando ambas na mesma situação jurídica? A resposta era dada pelas características de nosso sistema jurídico, que permite, inclusive, que um mesmo órgão judicial decida de uma forma em um dia e de outra forma em outro dia, para situações jurídicas iguais.

A reação veio pela edição de um novo Código de Processo Civil, o de 2015, cujo ponto alto é a exigência de atenção para a própria jurisprudência e para o respeito aos precedentes judiciais (artigos 926 e 927). E o sistema jurídico que é marcado pelo respeito aos precedentes é o praticado na Inglaterra e em países que receberam, mais fortemente, a influência de suas instituições jurídicas.

O precedente judicial no *Common Law* é construído a partir da *ratio decidendi* (razões da decisão ou razões de decidir), definido por Michael Zander como “a proposição legal daquele que decide um caso [judicial], à luz ou no contexto dos fatos”.³⁹ A razão da decisão normalmente é alcançada por processos de elucidação (*v.g.* dos princípios gerais de direito aplicáveis na solução da controvérsia). É a *ratio decidendi* que gera, normalmente, o *stare decisis*, ou o respeito às decisões anteriores, significando que o juiz atual não deve modificar o que já está estabelecido em decisão anterior, é dizer, no precedente.

A aplicação do precedente é feita de modo sistemático, para o qual foi construída uma teoria própria para identificar a *ratio decidendi* ou até para que a decisão anterior não seja aplicada. Vejamos seus principais aspectos.

38 MARINONI, 2014, p. 11.

39 ZANDER, 2015, p. 255. Tradução livre, nossa. No original consta: “a proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts”.

5.1 APLICANDO O PRECEDENTE

A aplicação do precedente é feita por analogia. No caso A a Corte X decidiu de forma Y; o caso B, que é apresentado agora, é semelhante ao caso A. Logo, o julgador do caso B deve aplicar o que a Corte X decidiu e o julgamento atual será Y.

Mas, em um julgado no *Common Law*, há uma distinção importante, muito rara de ser vista nas decisões judiciais brasileiras. Uma parte do julgado é a *ratio decidendi* (razão da decisão) de certa forma a *regra jurídica* utilizada como ponto forte da fundamentação da decisão e que costuma significar a aplicação de um *princípio geral de direito* que externe, em grande medida (ou sempre que for o caso), um valor que pode até ter sua origem na Era Medieval. Mas não é toda a fundamentação da decisão que trás a *ratio decidendi*. No precedente se encontra, também, o *obter dictum*, cuja tradução literal feita por Teresa Arruda Alvim Wambier expressa, com propriedade, o que o termo poderia traduzir, que é “dito para morrer”.⁴⁰ O *obter dictum* não gera precedente vinculante, mas gera precedente persuasivo para cortes hierarquicamente inferiores.⁴¹

O precedente ser vinculante, obrigatório (*binding*), ou ser persuasivo (*persuasive*), pode depender, também, da hierarquia judiciária envolvida (entre o órgão que proferiu o precedente e o órgão que vai aplica-lo): há a situação do precedente ser de órgão superior, o precedente ser do mesmo órgão e pode ocorrer, inclusive, precedente vinculante entre órgãos de mesma hierarquia. Especificando melhor, pela *cultura dos precedentes*, se um de nossos tribunais de apelação (*Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça*) decidir primeiro um caso, essa decisão gerará precedente para os demais tribunais.

40 *Glossário*. In ANDREWS, 2012, p. 23.

41 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 4. No original consta: “Any statements which are obter will strictly form only a persuasive precedent, irrespective of the court deciding the case and its position in the court hierarchy. However, in practice, if, for example, a higher court deliberately sets out guidelines with regard to the manner in which a particular matter should be approached, it is highly unlikely that a lower court in a subsequent case will not follow such guidelines, even if technically obter, if they are considered relevant to the matter before it”.

Para decidir que o caso A é semelhante ao caso B, os juízes ingleses usam a *ratio decidendi* do precedente que, como se pode deduzir, não equivale às típicas divisões de uma sentença proferida por julgador brasileiro (relatório, fundamentação e dispositivo). Eles interpretam a decisão anterior, extraíndo dela a *ratio decidendi*.

5.2 NÃO APLICANDO O PRECEDENTE

Já a não aplicação do precedente é muito mais complexa, notadamente porque os juízes ingleses estão acostumados e treinados a aplicar o que já foi decidido anteriormente. Verificamos cinco circunstâncias em que não haverá aplicação de precedente, quer seja obrigatório (vinculante), quer seja persuasivo: pelo caso ser novo, pelo caso ser distinto, pelo precedente ser desaprovado, pelo precedente ser superado e pelo precedente ser uma decisão errada. Assim, vejamos brevemente cada uma dessas hipóteses.

5.2.1 NÃO HAVER PRECEDENTE

Como também acontece no Brasil, por vezes não há precedente a ser aplicado.⁴² Em hipóteses que tais, o julgador buscará decidir a partir dos princípios gerais de direito. A doutrina lembra que pode ser que a matéria objeto da decisão sem precedentes tenha

42 “Há, por outro lado, casos, talvez surgindo ocasionalmente, em que a corte é chamada a formular uma regra legal onde não há prévio precedente que possa, com certeza, ser aplicado. Tais casos talvez possam ser descritos como casos novos ou casos vistos pela primeira vez. Um caminho pelo qual esses casos possam ser resolvidos é através da aplicação de algum princípio geral. Isso pode incluir a lembrança de áreas análogas do direito, considerando a regra legal que deva ser adotada, apesar de que o recurso a áreas análogas não é, necessariamente, limitado a casos em que não há prévio precedente no qual se possa lembrar para ser aplicado”. (MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 6). Tradução livre, nossa. No original consta: “There may, conversely, be cases, perhaps arising only occasionally, where a court is required to formulate a legal rule where there are no previous precedents on which reliance can be placed. Such cases may be described as novel cases or cases of first impression. One way in which such cases may be determined is by having regard to any general principle(s) which may be felt to be applicable. This could include having regard to analogous areas of law when considering the legal rule that should be adopted, although having regard to analogous areas need not necessarily be confined to cases where there are no previous precedents on which reliance can be placed”.

sido abordada por estudiosos, inclusive por juízes em atividade extrajudicial.⁴³ Nessas hipóteses, o tribunal pode ou não utilizar tais estudos prévios no momento de decidir, como ocorre no Brasil.

5.2.2 PRECEDENTE SER DISTINTO

Mais importante, contudo, é a consideração de que o precedente é distinto. A distinção (*distinguishing*) foi assim exposta por Manchester e Salter:

Um precedente pode não ser considerado relevante para o caso a ser julgado, hipótese em que se diz que o precedente é distinguível. Ele pode ser considerado não relevante porque há um ou mais fatos materiais no prévio caso (operação considerada necessária pelas regras legais) que estão ausentes no caso presente ou porque há um ou mais fatos materiais no presente caso que não constavam no caso prévio.⁴⁴

É importante destacar que, no sistema dos precedentes, não basta mencionar que os casos são distintos. Os juízes ingleses irão discorrer sobre o julgado passado e a situação presente, realizando detidamente a distinção.

5.2.3 PRECEDENTE SER DESAPROVADO OU SUPERADO

Situação mais complexa é a do precedente ser desaprovado. Conforme Manchester e Salter: “Se o precedente é desaprovado, a regra legal estabelecida no caso anterior pode manter seu status como um precedente (apesar de poder ser indesejável que ele seja seguido em casos futuros)”.⁴⁵

43 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 7.

44 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 5. Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] a precedent may not be considered relevant to the case in hand, in which case the precedent is said to be distinguishable. It may not be considered relevant either because there is one or more material facts in the previous case (considered necessary for the operation of the legal rule) which are absent in the present case or because there is one or more material facts in the present case which are absent in the previous case”.

45 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 5. Tradução livre, nossa. No original consta: “If a precedent is disapproved, the legal rule established in the earlier case may retain its

Por outro lado, o precedente pode ser superado, como indicado pelos mesmos autores:

Quando um precedente é superado, toda regra legal estabelecida no caso anterior cessa de ter efeito. (Superar um precedente de caso anterior não pode ser confundido com a reversão da decisão no caso, que ocorre quando uma corte superior *no mesmo processo* decide, em apelação, com uma decisão diferente daquela alcançada pela corte mais baixa). Pode não ser fácil afirmar se um precedente foi desaprovado ou superado.⁴⁶

A desaprovação e a superação de um precedente são hipóteses longamente debatidas em cada caso. Isso porque os juízes ingleses são muito conservadores, espelhando a sociedade em que vivem. É por isso que muitas decisões (no direito de propriedade, p. ex.) seguem princípios de origem medieval, como indicado no item anterior.

5.2.4 PRECEDENTE SER UMA DECISÃO ERRADA (*PER INCURIAM*)

Situação ainda mais rara, porém bem debatida no sistema inglês, é a hipótese da decisão anterior (precedente) ser considerada como tendo sido tomada *por descuido* (*per incuriam*).⁴⁷

Assim foi decidido, conforme exposto por Colin Manchester e David Salter,⁴⁸ pela *Corte de Apelação* inglesa no famoso processo

status as a precedent (although it may be unlikely it will be followed in future cases)".

46 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 5. Tradução livre, nossa. No original consta: "[...] where a precedent is overruled, any legal rule established in the earlier case ceases to have effect. (Overruling of a precedent in an earlier case should not be confused with reversing a decision in a case, which is where a higher court *in the same case* comes, on appeal, to a different decision to that reached by a lower court.) It may not always be easy to ascertain whether a precedent has been disapproved or overruled".

47 "Per incuriam (por descuido). A decisão proferida *per incuriam*, sem levar em consideração uma legislação ou um precedente relevante, não é um precedente que precise ser seguido". WALKER, 1980, p. 946. Tradução livre, nossa. No original consta: "*Per incuriam* (by carelessness). A decision rendered *per incuriam*, in ignorance of a relevant statute or precedent, is not a precedent which need be followed".

48 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 18.

Young v Bristol Aeroplane Co Ltd, de 1944:

Corte de Apelação – Obrigação de seguir decisões prévias.

A Corte de Apelação está obrigada a seguir suas próprias decisões e aquelas de cortes de coordenada jurisdição, e o “plenário” está, nesse sentido, na mesma posição a respeito das divisões da corte compostas por três membros. As únicas exceções a esta regra são: – (1.) A corte é obrigada a decidir qual dentre duas de suas decisões conflitantes deve ser seguida; (2.) a corte é obrigada a se recusar a seguir uma decisão sua que, apesar de não expressamente superada, não poder, em sua opinião, ser mantida frente a uma decisão da Câmara dos Lordes; (3.) a corte não é obrigada a seguir uma decisão sua se considerar que a decisão foi dada *per incuriam*, por exemplo, onde uma lei ou uma regra que tenha o efeito de uma lei que poderia afetar a decisão não foi levada em consideração pela corte anteriormente.⁴⁹

Nesse processo que, como indicado, é uma decisão paradigmática (*stare decisis*, ou o precedente), Lord Donaldson, M.R., afirmou:

A importância da regra do *stare decisis* em relação às próprias decisões da Corte de Apelação, dificilmente podem ser exageradas. Nós, agora, às vezes, temos oito divisões [sessões ou turmas] e, sem essas regras, o direito poderá rapidamente vir a ser totalmente incerto. Contudo, a regra não é sem exceção, embora muito limitada... Todavia, esta Corte tem que ter muito fortes razões para considerar justificável não aplicar suas próprias decisões.⁵⁰

49 INGLATERRA, 1944. Tradução livre, nossa. No original consta: “Court of Appeal – Obligation to follow previous decisions. The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the “full” court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: – (1.) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2.) the court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3.) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given *per incuriam*, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court.

50 MANCHESTER; SALTER, 2011, p. 18. Tradução livre, nossa. No original consta: “The importance of the rule of *stare decisis* in relation to the Court of Appeal’s own decisions can hardly be overstated. We now sometimes sit in eight divisions and, in the absence of such a rule, the law would quickly become wholly uncertain. However, the rule is not without exceptions, albeit very limited... Nevertheless, this court must

Essa assertiva é muito ilustrativa pois, de um lado, comprova como é importante, no sistema inglês, manter as decisões judiciais anteriormente tomadas. Mas, por outro lado, a Corte aceitou, desde que muito bem fundamentada, o afastamento de uma decisão considerada *per incuriam*, ou descuidada.

6 CONCLUSÃO

Há diversas características ou problemas estruturais no direito brasileiro que impactam na decisão judicial, positiva ou negativamente, como o livre acesso ao Judiciário e o seu relativo baixo custo para as partes, o que estimula seu acesso por vezes desnecessário; o excesso de faculdades de direito e de advogados; a facilidade de recursos e a reforma de decisões provocada, talvez, pela valorização excessiva do princípio do livre convencimento motivado do juiz, p. ex. E, conforme inclusive reconhecido no âmbito do STJ, os tribunais brasileiros não se incomodam em não seguir suas próprias decisões. No momento atual, o direito brasileiro passa por uma importante mudança, que visa reconhecer o Poder Judiciário como fonte do direito, apresentando-se, por isso, uma possível aproximação com o sistema inglês do *Common Law*.

Realizando pesquisa comparativa entre o Brasil e a Inglaterra, almejando identificar a possível aproximação entre nosso sistema jurídico e o deles, deparamo-nos com dificuldades linguísticas importantes. Maior, entretanto, é a dificuldade em comparar sociedades tão diferentes, quer do ponto de vista histórico (um país colonizado e um colonizador, p. ex.), quer social. Os índices de cumprimento do *governo do direito (rule of law)* e de percepção da corrupção comprovam o que se afirma aqui, com reflexos inevitáveis em decisões judiciais.

Nos precedentes do *Common Law*, procura-se identificar qual a *ratio decidendi (razão de decidir)*, o que é o *stare decisis (está decidido)*, que gera aplicação obrigatória inclusive por juízes de mesma hierarquia em tribunais diferentes) e o que é *obter dictum*

have very strong reasons if any departure from its own previous decisions is to be justifiable”.

(*dito para morrer*), que não é o principal ponto no julgado, mas que gera efeito persuasivo para os julgamentos do futuro, para todo o Judiciário, à exceção dos julgadores em hierarquia superior ao julgado em referência. Dentro da teoria dos precedentes, a regra é a aplicação da decisão anterior às subsequentes. Para que ela, a decisão anterior, não seja aplicada, ela deve ser distinguida (*distinguished*), desaprovada (*disapproved*), superada (*overruled*) ou ser considerada errada ou descuidada (*per incuriam*). O Código de Processo Civil estipula tais deveres nos artigos 489, 926 e 927, para todo o Judiciário brasileiro, bem como nas esferas de julgamento administrativo (art. 15), que são comuns no processo tributário.

Um dos desafios do novo CPC será fazer com que juízes, advogados e grandes litigantes, notadamente a administração pública, mudem suas culturas jurídicas. E mudar uma cultura é muito difícil, mas não impossível. Relativamente aos julgadores, esse desafio envolve mudar a cultura por trás da decisão judicial, notadamente a do livre convencimento motivado. Até porque, frente à nossa Constituição Federal, repleta de princípios por vezes contrapostos, bem como tendo uma legislação inflacionada à disposição, não é difícil motivar sem se atentar para todas as vicissitudes do caso, privilegiando o direito de uma das partes em litígio. Por sua vez, a intensa litigiosidade atual, de um lado, e a pressão pela decisão que melhore a estatística (meramente quantitativa), sem haver uma contagem qualificativa das decisões, é um desestímulo para os julgadores aumentarem a atenção em cada julgado. Mas isso precisará ser revisto, para a melhoria na sensação de *segurança jurídica* por parte da sociedade. É evidente que, se os julgadores administrativos e judiciais estiverem, todos, aplicando as *razões de decidir* tomadas e seguidas, reiteradamente, pelos egrégios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, haverá menos recursos e menos riscos de mudança nas decisões, trazendo um ambiente de segurança jurídica propício para a estabilidade da relação jurídica tributária, tema de mais da metade das ações judiciais.

É essa a grande conclamação por parte do legislador brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015. Talvez o início de sua aplicação signifique algum atraso na prestação jurisdicional. Todavia, a médio e longo prazo, o respeito às decisões

judiciais já tomadas, excetuando-se apenas o *erro judicial*, pela decisão descuidada (*per incuriam*), vai desafogar o Poder Judiciário. Além disso, a aplicação, entre nós, da teoria do precedente, valoriza todos os juízes. Aqueles das instâncias superiores pela aplicação de suas decisões, enquanto os das instâncias inferiores por meio do escrutínio detido das decisões superiores. A aplicação da teoria do precedente deverá resultar na redução das reformas das decisões judiciais pelo simples fato de que o revisor pensa diferente. Está aí, nesse ponto, a valorização dos juízes do Primeiro Grau.

É muito pouco provável que venhamos a ter um sistema de valorização dos precedentes tão intenso como o da Inglaterra. Provavelmente avançaremos para uma dimensão própria, não tão conservadora, como é da natureza da sociedade brasileira. Contudo, a valorização das decisões judiciais por parte dos próprios membros do Poder Judiciário é a grande alteração na atuação judicial que se espera a partir do Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. rev., at. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

ARLIDGE, Anthony; JUDGE, Igor. *Magna Carta uncovered*. Oxford (UK) e Portland, Oregon (USA): Hart, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre. Plenário. Ministro Teori Zavascki. Voto-vista. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 382.736-SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publ. 03/03/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. “Justiça em Números 2015 (ano-base 2014)”. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. “Notícias do STF”, de 19.12.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CHURCHILL, Winston S. **A history of the english-speaking peoples**. v. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956].

CROSS, Rupert ; HARRIS, James W. **Precedent in English law**. 4 ed. Oxford: Clarendon, 1991.

DELGADO, José Augusto. “**A imprevisibilidade das decisões judiciais**”. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20885>>.

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

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

INGLATERRA. Corte de Apelação. Young & Bristol Aeroplane Company Limited. Julgado em 6, 7 e 8 de junho e 28 de julho de 1944. **UK Law Online**. Disponível em: <[ww.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm](http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2016.

JUDGE, Lord Igor. **The safest shield: Lectures, Speeches and Essays**. Oxford (UK) e Portland, Oregon (USA): Hart, 2015.

KRAVCHYCHYN, Jefferson. “**Brasil, sozinho, tem mais faculdades de direito que todos os países**”, de 14.10.2010. Disponível em: <www.oab.org.br>.

LYON, Ann. **Constitutional History of the United Kingdom**. London: Cavendish, 2003.

MANCHESTER, Colin; SALTER, David. **Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation**. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NAZZINI, Renato. **Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

REINO UNIDO. **The Supreme Court Annual Report and Accounts 2014-2015**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2014-15.pdf>>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “O regime do precedente judicial no Novo CPC”, in *Revista do Advogado*. Ano XXXV, n. 126. São Paulo: AASP, 2015

WALKER, David M. *The Oxford Companion to Law*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

WALKER, Geoffrey de Q. *The rule of law: foundation of constitutional democracy*. Victoria (Austrália): Melbourne University Press: 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Observações preliminares à 1ª edição”, “Notas sobre a tradução” e “Glossário”. In Neil ANDREWS, *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 7. ed. Oxford (UK) e Portland, Oregon (USA): Hart, 2015.

SITES CONSULTADOS

Portal Brasil: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/08/populacao-brasileira-ultrapassa-202-milhoes-de-pessoas>.

Companhia das Índias Orientais: <www.eicfinefoods.com>.

Wikipedia: <www.wikipedia.org>.

Transparência Internacional: <www.transparency.org>.

World Justice Project: <<http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>>.

Recebido em 09/06/2016.

Aprovado em 21/03/2017.