

ARTIGOS / ARTICLES



PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA A PARTIR DOS SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW E CIVIL LAW

PRECEDENTS AND JURISPRUDENCE IN BRAZILIAN LAW: A DISTINCTION NECESSARY FROM THE COMMON LAW AND CIVIL LAW LEGAL SYSTEMS

ADRIANA FASOLO PILATI SCHELEDER*
PATRÍCIA GRAZZIOTINI NOSCHANG**

RESUMO

O modelo processual previsto no CPC/2015 trouxe consigo a previsão do sistema de precedentes, característicos principalmente dos países de *common law*. Por conseguinte, surgiu a necessidade de redefinição de termos usualmente tratados no Brasil, objetivo da presente pesquisa. Contudo, fato é que, para além das muitas diferenças ainda hoje existentes entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, tendências convergentes estão ganhando espaço, como o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial, característica do *common law*, que nos últimos anos tem surgido também nos países de sistema *civil law*. Em decorrência,

ABSTRACT

The new procedural model foreseen in CPC / 2015 brought with it the prediction of the system of precedents, characteristic of common law countries. Therefore, there was a need to redefine terms usually treated in Brazil, the objective of this research. However, in addition to the many differences still existing between the common law and civil law legal systems, convergent tendencies are gaining ground, such as the phenomenon of increasing jurisprudential creativity, a characteristic of common law, which in recent years has also arisen in civil law countries. As a result, historically, the concern of the countries affiliated to the civil law system in the adoption

* Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC-2015), Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS – 2003), Especialista em Direito e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – 1999), Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF – 1999), Professora e Coordenadora Adjunta do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: apilati@upf.br

** Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2015), Mestre em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2010), Docente Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF/2004). Professora do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: patriciagnoschang@gmail.com

percebe-se, historicamente, a preocupação dos países filiados ao sistema *civil law* na adoção de técnicas características do *common law* com a finalidade de evitar a proliferação de processos com multiplicação de causas repetitivas. No Brasil, embora a opinião dos doutrinadores ainda tenha importância bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, servindo de exemplo a súmula vinculante do STF. Através da abordagem dedutiva e da técnica bibliográfica, infere-se que os precedentes consistem em uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos em função da identidade. No sentido técnico-processual, significam a decisão individualizada de um caso concreto, extraíndo-se desta uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento. Jurisprudência, por sua vez, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal, ao contrário dos precedentes que surgem a partir de uma decisão que formará uma tese paradigma.

PALAVRAS-CHAVE: *Civil law. Common law. Jurisprudência. Precedentes. Sistemas Jurídicos.*

of common law techniques with the purpose of avoiding the proliferation of processes with a multiplication of repetitive causes, is perceived historically. In Brazil, although the opinion of the jurists still has a very significant importance (characteristic of civil law), the prominence that has been attributed to jurisprudence (common law mark) is remarkable, serving as an example the binding precedent of the STF. Through the deductive approach and the bibliographical technique, it is inferred that the precedents consist of a universalizable rule that can be applied as a decision criterion in successive cases depending on the identity. In the technical-procedural sense, they mean the individualized decision of a concrete case, drawing from it a legal thesis that constitutes the heart of the respective provision. Jurisprudence, in turn, arises from a reasonable number of decisions that will reflect the position of a particular court, unlike the precedents that arise from a decision that will form a thesis paradigm.

KEYWORDS: *Civil law. Common law. Jurisprudence. Precedents. Legal Systems.*

INTRODUÇÃO

Com a crescente demanda de processos que sobrecarregam o Poder Judiciário, o sistema processual brasileiro tem sofrido várias alterações, entre as quais está a ampliação das técnicas uniformizadoras de julgamento, que visam à concretização de garantias constitucionais, como o acesso à justiça, a proteção da confiança, a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a legalidade e, ainda, entre outros, a isonomia.

Nesse contexto, se de um lado o direito deve ser capaz de transformar-se para acompanhar a evolução da sociedade, de outro, há que ser previsível. E é justamente esse o objetivo do novo modelo processual, ou seja, tornar o direito estável e, ao mesmo tempo, capaz de adaptar-se a novas realidades.

No sistema dos precedentes previsto no novo Código de Processo Civil, faz-se menção a uma decisão judicial como parâmetro

para futuras decisões. Percebe-se, dessa forma, a necessidade de se estabelecer uma proporção entre as reações “previsibilidade” e “adaptabilidade”¹, antes mesmo de se ter um conjunto de decisões no mesmo sentido, como tradicionalmente ocorre no sistema brasileiro. É imprescindível, pois, que se estabeleça uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência.

No entanto, o fato é que, independentemente do critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro para estabelecer uma decisão vinculativa, quanto maior a falta de uniformidade das decisões, maior será a insegurança jurídica e, conseqüentemente, maior também será a instabilidade social. Uniformidade e estabilidade da jurisprudência são alicerces para a concretização do princípio da segurança jurídica². E é justamente neste sentido, buscando o aprimoramento do princípio da isonomia nas decisões, que as últimas reformas legislativas no Brasil têm encaminhado.

1 DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS: AS FAMÍLIAS DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW

A abordagem das famílias jurídicas *civil law* e *common law* é útil para a compreensão destes sistemas como um todo. A lição de Taruffo bem justifica essa intenção quando menciona que “não se deve buscar a verificação de microproblemas processuais de outros ordenamentos, mas sim a elaboração de esquemas compreensivos de análise dos sistemas processuais”³ Ademais, conhecer as principais características desses grandes modelos de sistema jurídico, servirá para subsidiar, posteriormente, a análise comparativa do *Musterverfahren* do sistema alemão e do *Group Litigation Order* do sistema inglês.

O *common law*, tradicionalmente, era caracterizado pelo direito costumeiro e o *civil law* por leis previamente constituídas. No entanto, a atividade legislativa não pode servir para distinguir um ou

1 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 32 *et seq.*

2 DANTAS, 2013, p. 123-141.

3 TARUFFO, 1991, p. 10.

outro sistema, pois nota-se que em ambos os sistemas, por exemplo, busca-se, por meio do respeito à igualdade, a previsibilidade.

No *common law*, a adoção de precedentes vinculantes, de início, não foi expressa; aconteceu de forma imperceptível, pelas mãos do direito costumeiro. A confiança no sistema de precedentes foi sendo criada com o tempo. Assim foi concebida a teoria declaratória, pois apesar de as decisões serem consideradas, os juízes declaravam um direito que já era conhecido sob a forma de costume. Foi somente na metade do século XIX que a doutrina inglesa do *stare decisis* enrijeceu.⁴

No sistema do *civil law*, diferentemente, construiu-se a ideia de previsibilidade. Desde a Idade Média, era o valor da repetição que garantia a estabilidade dos processos. O costume (um acordo por meio do qual se manifestava a repetição do passado) não era suficiente para disciplinar os conflitos. Se havia conflito, isto significava que não havia mais consenso sobre o costume. Aos poucos, no entanto, o costume passou a ter autoridade judiciária, aplicando-se a todos os homens de um mesmo lugar. Este sistema é caracterizado pela individualidade do litígio; o juiz é visto como mero aplicador da lei ao caso concreto. Os fundamentos desta individualidade dos países de *civil law* são a legitimidade individual, a limitação dos efeitos diretos das sentenças às partes e a limitação subjetiva da coisa julgada⁵, que garante às partes a imutabilidade da decisão, diferentemente do respeito aos precedentes, característico do *stare decisis*, que confere aos jurisdicionados a estabilidade de determinada interpretação jurídica⁶.

4 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 21.

5 DINAMARCO, 1996, p. 28. O autor afirma que houve uma migração do individual para o coletivo, com destaque para a participação de Mauro Cappelletti, concretizada por instrumentos como a ação direta, os juizados especiais, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

6 A coisa julgada, conforme Luiz Guilherme Marinoni, reflete a imutabilidade da decisão judicial em relação às partes, garante-lhes a imutabilidade da decisão. O respeito aos precedentes, no *stare decisis*, por sua vez, confere aos jurisdicionados a estabilidade de determinada interpretação jurídica. (*Precedentes obrigatórios*. 3. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 109)

Na formação do *civil law*, há dois momentos importantes que merecem ser destacados. O primeiro, data do século XI, quando os textos romanos foram objeto de estudo na Universidade de Bolonha, na tentativa de transformá-los o quanto possível em um todo coerente. Com este objetivo, “conceberam-se técnicas para gerar coerência e harmonia entre textos que, originalmente, não eram, rigorosamente, nem coerentes e harmônicos”⁷.

Após a fase do direito antigo, tendo como centro do poder o monarca e o Estado, surge, junto com a Revolução Francesa do século XVIII, o segundo momento importante na formação do *civil law*. A partir de então, o centro do poder se transferiu para o povo. A burguesia, insatisfeita, liderou este movimento, que deu origem a um poder que seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes⁸. Assim surgiu o Judiciário e, conseqüentemente, a figura do juiz como um ser inanimado, considerado a “boca da lei”. Em vista disso, acreditou-se que na lei estava contida a vontade do povo, desfazendo-se as decisões dos tribunais, que não deveriam ter mais lugar⁹.

Nesse momento, percebeu-se a intenção de criar a previsibilidade. No entanto, na situação atual e diante da complexidade das sociedades contemporâneas, “somada ao acesso à justiça, que se tornou *real*, já demonstraram com veemência que o direito positivo, pura e simplesmente considerado, não é um instrumento que baste para resolver os problemas que se colocam diante o juiz”¹⁰. A jurisprudência e a doutrina aparecem como elementos do sistema ou do ordenamento jurídico, criando regras que o jurisdicionado tem de seguir. Ao mesmo tempo, passou-se a entender que o juiz deveria ter liberdade para decidir¹¹ e escolher

7 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 15.

8 Ibidem, p. 25.

9 QUEIRÓ, 1989, p. 204-206.

10 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 26.

11 Ter a liberdade de decidir não significa que o juiz possa inventar o direito. O juiz, de certa forma, ao decidir casos como os *hard cases*, cria sim o direito, mas, como aduz Teresa Arruda Alvim Wambier, tem o dever de fazê-lo de forma harmônica o sistema.

a regra jurídica aplicável ao caso concreto. Contudo, os padrões decisórios, diante dos *hard cases* (casos complexos e *sui generis*), passaram a não mais abarcar a multiplicidade de casos.

O direito anglo-saxão aponta para a necessidade de serem mantidas as decisões anteriormente proferidas, de forma a dar segurança jurídica aos jurisdicionados. Neste sistema, as decisões judiciais sempre tiveram o condão de fixar normas a serem aplicadas em casos análogos, de forma a dar aos países de *common law* liberdade para implementar técnicas de julgamentos de demandas coletivas com maior naturalidade.

A diferença entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, anota Marinoni¹², não está na força do Poder Legislativo, mas sim na forma de pensar o direito. No sistema do *common law*, “a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir este sistema do de *civil law*”¹³. Para o autor, também não há como confundir *common law* com *stare decisis*:

Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não falar na noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*¹⁴.

(Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 30).

12 MARINONI, p. 31-36.

13 Ibidem, p. 35-36.

14 Ibidem, p. 31.

Consoante esse entendimento, no sistema do *common law* o juiz tem o poder de declarar ou criar o direito, com coerência entre os julgados, ou seja, sem contradição entre as decisões. No *civil law*, a prestação jurisdicional é, em regra, individual; o juiz, como aplicador da lei, deve prever a maior possibilidade possível de casos hipotéticos¹⁵.

Em um sistema de *civil law* o modo de pensar difere do modo de pensar de um sistema de *common law*, assim como o racionalismo difere do empirismo ou a dedução é distinta da indução. A linha de raciocínio dos membros de sistemas de *civil law* caminha naturalmente dos princípios para os exemplos, a dos membros do *common law* segue dos exemplos em direção aos princípios. Os membros do *civil law* confiam em silogismos, os *common lawyers* nos precedentes¹⁶.

Chievele, jurista inglês, também adota uma diferenciação entre o *common law* e o *civil law*, a partir do modo de pensar. Os *common lawyers* tendem a proceder por analogia, movendo-se gradativamente de caso para caso. Os *civil lawyers* tendem a evitar generalizações grandes e abstratas, preferindo formulações limitadas e temporárias, com princípios gradativamente emergindo de casos concretos, conforme são decididos, ou seja, no *civil law* há a tendência de se raciocinar de baixo para cima, a partir dos fatos dos casos que se encontram na nossa frente, enquanto no *common law* a tendência é raciocinar de cima para baixo, a partir de princípios abstratos incorporados em um código. O *common law*, característica distintiva que permanece até hoje, é um sistema de *case law*, no qual o *judge-made law* é uma importante fonte do direito. Percebe-se, assim, um contraste característico com sistemas

15 No fundo, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “não são muito diferentes as polêmicas que giram em torno da tal referida *declaratory theory* do *common law* (uma teoria segundo a qual o juiz não cria direito, mas ‘declara’ o direito preexistente) e do ‘positivismo’ jurídico do *civil law* (o juiz decide conforme a lei). Todos sabem que o juiz cria o direito. É mais honesto intelectualmente reconhecê-lo de uma vez por todas e tentar estabelecer limites para esta ‘criatividade’ ou, em outras palavras, para o tal ‘ativismo’ judicial – que são conceitos muito próximos, cuja essência [...] é idêntica”. (*Direito jurisprudencial*, p. 60).

16 COOPER, 1950, p. 468-475.

de *civil law*, que são basicamente codificados, e que faz com que, ao menos na teoria, a legislação seja a única fonte de direito.¹⁷

Taruffo¹⁸ adota como critério de diferenciação entre os sistemas a distinção entre precedente e jurisprudência. Embora se utilize deste referencial para a referida distinção, o autor deixa claro que a referência ao precedente já não é, há algum tempo, uma característica peculiar dos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo no *civil law*¹⁹.

Nota-se, nesse sentido, que no sistema do *civil law* a regra é extraída de repetidas decisões proferidas em casos similares (jurisprudência), a partir das quais poderão surgir enunciados, contendo o extrato das decisões. A jurisprudência, portanto, decorre da posição majoritária, ou seja, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal. A atividade judicial, neste sistema, em tese, concentra-se na interpretação da lei.

Mas é na jurisprudência que se constrói o conteúdo efetivo do chamado *direito vivo*, segundo Taruffo²⁰. Em muitos casos, o *direito vivo* é o único direito do qual se dispõe (por exemplo, quando os juízes criam direito para preencher lacunas) ou o verdadeiro direito (quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma).

Os precedentes, no *civil law*, têm seu valor pelo conjunto de outras decisões proferidas no mesmo sentido, demonstrando haver certo consenso sobre a matéria posta em discussão. Neste sistema, costuma-se fazer menção a uma decisão judicial, qualificando-a como precedente. No entanto, “a noção de precedente só tem razão de ser se se projeta no futuro a ideia de que este deve servir de parâmetro ou se isso efetivamente ocorre”²¹, ou seja, só o tempo dirá se determinada decisão, tanto no sistema do *common law* como no do *civil law*, tornar-se-á um precedente. O que difere estes dois

17 LORD GOFF OF CHIEVELEY, 1997, p. 745-760

18 TARUFFO, 2007, p. 709-724.

19 Nesse sentido, ver TARUFFO, abr. 2003, p. 141-158; MARSHALL, 1997, p. 503-517.

20 TARUFFO, set. 2007, p. 709-724.

21 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 16.

sistemas é o fato de que, no *common law*, considera-se o precedente, como regra geral, relevante para o sistema.

Cappelletti, dissertando sobre o tema, também aponta o problema da *criação jurisprudencial* como diferença fundamental entre as famílias do *civil law* e do *common law*. O doutrinador, a propósito, estabelece cinco pontos a serem analisados. O primeiro deles é alude à estrutura e à organização dos tribunais, pois as cortes superiores dos países da *civil law* não têm uma estrutura compacta e unitária como ocorre no *common law*; ao contrário, há uma dicotomia de cortes supremas mutuamente autônomas, com uma estrutura organizatória desunida e diluída, que enfraquece a autoridade dos tribunais²². O segundo, refere-se ao princípio da discricionariedade do Judiciário, que permite que tribunais superiores de países do sistema *common law* se recusem, mediante alguns mecanismos processuais, a decidir todos os recursos regularmente levados a seu julgamento. O terceiro ponto tem que ver com o tipo de juízes que compõem os tribunais, o que reflete diretamente no grau de criatividade existente em cada corte. Em quarto, relativo ao vínculo dos precedentes judiciais, encontra-se o fato de que, nos países do *civil law* não há algo semelhante à regra formal do *stare decisis*. Por fim, a quinta diferença pontuada pelo autor diz respeito à concepção do direito: enquanto no *common law* o direito legislativo é visto como fonte excepcional do direito, no *civil law*, ao contrário, há uma tendência de se identificar o direito com a lei²³.

Além desses aspectos, no sistema de *civil law* percebe-se que há uma demanda maior de situações de litígios, quiçá, derivadas da evolução natural das relações sociais e do movimento legislativo de

22 Aduz o autor que além da falta de unitariedade dos tribunais, cada uma dessas cortes possui muitos juízes, em número maior do que seriam “necessários para a decisão colegiada da causa, razão por que, não raro, de caso para caso, a mesma seção é composta por juízes diversos”. A consequência inevitável desta falta de unitariedade e firmeza é o “enfraquecimento da própria autoridade dos tribunais, dos magistrados singulares que os integram e de suas decisões”, que se mostra incomparavelmente inferior à das cortes supremas dos países de *common law*. CAPPELLETTI, 1993, p. 116-117.

23 CAPPELLETTI, 1993, p. 115-128.

fixação de conceitos vagos, o que gera uma demanda incontrollável de recursos provenientes, de regra, de decisões contrárias aos julgamentos anteriormente ocorridos e conseqüentemente uma maior insegurança jurídica.

Em suma, pode-se afirmar que nos países de *civil law* há uma certa preocupação com a eficiência quantitativa, como é o caso do sistema processual brasileiro, ao qual se impõe uma visão neoliberal²⁴ e “de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais”, como afirma Theodoro Júnior²⁵, chegando-se ao requinte de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criar metas de produtividade²⁶ e colocar em seu site um processômetro²⁷ com o índice de produtividade dos tribunais brasileiros, com a finalidade de aumentar a estatística de demandas “resolvidas”, antes de mesmo de se proceder a um exaustivo debate em torno dos casos. Assim, Nesse “o Judiciário

24 A visão neoliberal objetiva uma análise do sistema processual a partir de uma visão de produtividade. Para Rosemiro Pereira Leal, “ainda prevalece na Suprema Corte brasileira a ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte) por via de uma ‘prestação jurisdicional’ que só seria efetiva se fosse de pronto-socorro jurídico a uma população reconhecidamente órfã em direitos fundamentais”. (Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*. Belo Horizonte, OAB/MG, v.1, p. 73, jan./jun. 2004).

25 THEODORO JÚNIOR, nov. 2010, p. 9-47.

26 Metas para 2015: META 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (Todos os segmentos); META 2 – Julgar processos mais antigos (Todos os segmentos); META 3 – Aumentar os casos solucionados por conciliação (Justiça Federal e Justiça Estadual); META 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa (STJ, Justiça Federal, Justiça Estadual e Justiça Militar da União e dos Estados); META 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça do Trabalho e Justiça Federal); META 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho); META 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ, Justiça do Trabalho e Justiça Estadual). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais*. Dez. 2014.

27 O processômetro é um sistema criado em 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça, um contador de processos, de nivelamento do Poder Judiciário, com o objetivo de divulgar os números referentes aos processos que já foram julgados em todos os tribunais do país no período estabelecido para atingir a Meta 2. “O serviço será atualizado mensalmente e os 91 tribunais brasileiros informarão, entre os dias 1º e 10 de cada mês, a quantidade de processos julgados no mês anterior incluídos na Meta 2. Os números poderão ser acompanhados pelo público externo a partir do momento de sua inserção no sistema. Pelo “Processômetro”, o internauta terá acesso a informações sobre o

não é visto prioritariamente como entidade que desempenha uma função estatal, mas sim como mero órgão prestador de serviços.²⁸

Para Figueiredo e Silva, “é inegável a necessidade de organização e planejamento no Judiciário como única maneira de combater a imagem de lentidão e ineficiência identificada nas pesquisas, imagem que afeta a credibilidade e a confiança no sistema”, o que justifica a importância de fixação de metas, “pois qualquer caminho serve para quem não sabe aonde quer chegar, ou, como dizia Sêneca, ‘não existe vento favorável para o marinheiro que não sabe aonde ir’”²⁹.

O problema, contudo, é o de terem sido escolhidas essas prioridades e estabelecidos os objetivos de modo centralizado e até mesmo autoritário, sem consulta à magistratura de primeiro grau, ao funcionalismo, à Ordem dos Advogados do Brasil, ou mesmo aos principais interessados: os usuários. Desse modo, “em vez de promover o engajamento e a participação dos envolvidos, as metas nacionais estabelecidas unilateralmente nivelam realidades desiguais, e têm provocado reações contrárias”. Os juízes de primeiro grau e dos tribunais são relegados a um papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelas cortes superiores. Em razão disso, são compelidos a tão somente repeti-las, sem poder contar com uma infraestrutura mínima para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual.³⁰

número de processos referentes à Meta 2 que já foram julgados. As pessoas poderão consultar em que esfera da Justiça estão o número de processos julgados até agora e, ainda, os tipos de processos julgados dentro da Meta”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ lança “*processômetro*” para acompanhar cumprimento da meta 2. 03.09.2009.

28 “Tal perspectiva processual, aqui denominada ‘neoliberal’, permite a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea ‘c’, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão jurisdicionado a de um mero espectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)”. NUNES, 2008, p. 160 *et seq.*

29 SILVA, 2010, p. 27-59.

30 “Perceba-se que aqui não se apresenta qualquer reprimenda à busca de processos

Nos países de *common law*, ao contrário, percebe-se uma maior eficiência, definida por Taruffo como “aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação, o que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas e equânimes”³¹.

Porém, em ambos os sistemas, o Judiciário, de uma forma ou outra, apresenta-se como fonte de direito. Nos países de *civil law* “o juiz cria o direito mesmo quando fundamenta e dá validade a sua conclusão, ou quando diante de conceitos vagos exerce a tarefa de adequação constitucional ao caso concreto”³². Nesse sentido, a produção judicial é a principal fonte do direito, pois, “ao mesmo tempo que julga, o magistrado, de certa forma, legisla, criando regras de decisão aplicáveis a outros casos similares”³³.

Sobre a tendência de aproximação entre as famílias jurídicas, os países que detêm um ordenamento complexo ou sofisticado são caracterizados por adotarem um sistema misto e as decisões, também no sistema do *civil law*, deveriam ser dotadas de efeito vinculante.³⁴

Assim, segundo a doutrina de Damaška:

[...] enquanto persistirem no processo civil vestígios de atitudes díspares nas estruturas de autoridade entre o *common law* e o *civil law*, eles não devem ser desconsiderados. O processo civil continental conserva resquícios de atitudes processuais e condições propícias para um mecanismo hierárquico-burocrático de justiça, enquanto o seu

constitucionalmente céleres, mas, a redução da eficiência do sistema a uma procura frenética de rapidez a qualquer custo, contrária até as concepções mais rasas do que se entende por um processo democrático”. THEODORO JÚNIOR, nov. 2010, p. 9-47.

31 TARUFFO, 2008, p. 187 *et seq.* Como explicita o autor, “ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias, uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para busca de uma decisão ‘justa’ (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais”. Ver também THEODORO JÚNIOR, nov. 2010, p. 9-47.

32 DIDIER JÚNIOR; GRAGA; OLIVEIRA, 2001, v. 3, p. 391.

33 MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, v. 10, p. 150.

34 SALLES, out. 2011, n. 174, p. 747-767.

homólogo, o *common law*, mantém resquícios de um ambiente mais igualitário e menos burocratizado [Tradução nossa].³⁵

A aproximação entre os sistemas jurídicos em comento tem sido um tema recorrente na literatura.³⁶ Aos juízes do modelo de *civil law* são atribuídos poderes similares àqueles outorgados aos juízes do *common law*.

Fato é que, para além das muitas diferenças ainda hoje existentes entre os dois grandes sistemas jurídicos, “potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto”³⁷, como o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial, que nos últimos anos tem surgido também nos países de sistema *civil law*.

Em decorrência, percebe-se, historicamente, a preocupação dos países filiados ao sistema *civil law* na adoção de técnicas características do *common law* com a finalidade de evitar a proliferação de processos com multiplicação de causas repetitivas. No Brasil, embora a opinião dos doutrinadores ainda tenha importância bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, servindo de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante, o ensino jurídico pátrio se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente Coimbra), não se desconhece atualmente, o sem-número de cursos de direito estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do “*common law*”³⁸.

35 “Thus, so long as vestiges persist in civil procedure of attitudes traceable to disparate common law and civil law structures of authority, they should not be disregarded, even if one’s principal concern is the increase of procedural efficiency. Nor is it really passé, for the purpose of rough orientation on a number of procedural issues, to keep in mind that continental civil procedure retains remnants of procedural attitudes and arrangements congenial to a hierarchical-bureaucratic machinery of justice, while its common law counterpart keeps alive vestiges of a more egalitarian and less bureaucratized institutional environment”. DAMAŠKA, Mirjan, 2009.

36 Sobre o assunto, ver CAPPELLETTI, 1981; assim como MACCORMICK; SUMMERS, 1997. No Brasil, ver MARINONI, 2009, n. 49, p. 11-58.

37 CAPPELLETTI, 1993, p. 133.

38 DIDIER JUNIOR, 2011, v. 1, p. 42.

Para Bustamante³⁹, quando o direito passa a ser construído e comunicado por meio de “princípios”, a diferença entre ambos os sistemas – *civil law* e *common law* – praticamente desaparece.

O processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios de cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais.⁴⁰

Contudo, como adverte Miranda de Oliveira, “ainda que haja aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*, não se confunde a *força dos precedentes* em cada um dos sistemas: *há pesos absolutamente diferentes* [Grifo do autor]”⁴¹.

Essas ideias demonstram que a diferença entre os sistemas não está somente na fonte das regras jurídicas, mas principalmente na forma como condicionam o modo de pensar do jurista. No entanto, as diferenças existentes⁴² entre o *civil law* e o *common law* não são suficientes para impedir um estudo sobre os precedentes e a possibilidade de sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro.

39 BUSTAMANTE, 2012, p. 116.

40 BUSTAMANTE, 2012, p. 116.

41 MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, p. 150.

42 Alguns autores afirmam existir uma diferença metodológica entre *civil* e *common law*, o que resultaria na incompatibilidade entre estes sistemas. Entre eles, JAMES, Dennis. Interpretation and application of the Civil Code and the evaluation of judicial precedent. *Louisiana Law Review*, v. 54, 1993, p. 14; FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in *civil law* systems: a dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, v. 26, ed. 4, dez. 2006, p. 519-535; TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de Direito*. 03 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em: 15 mar. 2014; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

2 PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

No sistema dos precedentes, faz-se menção a uma decisão judicial como parâmetro para futuras decisões. Contudo, adverte Wambier, “na medida exata em que o direito se aparelha para gerar previsibilidade, perde sua capacidade relativa à adaptabilidade e vice-versa”⁴³.

Percebe-se, dessa forma, a necessidade de se estabelecer uma proporção entre as reações “previsibilidade” e “adaptabilidade”, antes mesmo de se ter um conjunto de decisões no mesmo sentido, como tradicionalmente ocorre no *civil law*. É imprescindível, pois, que se estabeleça uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência.

Retomando a doutrina de Taruffo⁴⁴, o precedente fornece uma regra “universalizável” que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, em razão da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Precedente judicial significa, no sentido técnico-processual, a decisão individualizada de um caso concreto, extraindo-se desta decisão uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento (*ratio decidendi*).

Não obstante, o precedente é traço característico dos sistemas de *common law*; o recurso ao precedente se caracteriza pela estrutura da argumentação jurídica em relação à interpretação

43 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 32 *et seq.*

44 Para Michelle Taruffo, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. Além desse perfil, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Nota-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo. (Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Bologna: Il Mulino, ano LXI, n. 3, set. 2007, p. 13-14).

da regra do direito e à sua justificação.⁴⁵

Os precedentes representam, de fato, os *tòpoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da descoberta legal e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa da decisão. Esta é a razão pela qual um julgamento tem força vinculante, que varia conforme a jurisdição, a hierarquia do juiz ou tribunal que o prolatou e, em especial, a força persuasiva dos argumentos utilizados. Neste caso, o juiz poderá desconsiderá-lo se o caso concreto apresentar particularidades (*distinguishing*) ou se o juiz entender que a decisão aplicada anteriormente já não está em conformidade com a justiça (*overruling*).⁴⁶

No sistema de *common law*, portanto, do caso concreto é extraída a *ratio decidendi*, que é a norma jurídica a ser aplicada nos casos sucessivos; é o fundamento jurídico da decisão, ao contrário da *obiter dictum*, que consiste nas demais afirmações que não possuem força vinculante e não serão tratadas como precedente. Este é talvez o aspecto mais relevante deste sistema, ou seja, que a decisão tomada no caso precedente seja *universalizável*⁴⁷ e que seus efeitos possam irradiar para a decisão do caso sucessivo.

Vale destacar, ademais, que de um único julgado é extraída regra a ser aplicada na decisão dos casos futuros. O juiz, ao julgar caso sucessivo e similar, deverá verificar se a *ratio decidendi* do caso anterior é ou não aplicável ao atual. Se verificada a possibilidade de aplicação, “somente um precedente é suficiente para justificar uma decisão posterior”⁴⁸. Nesse sistema jurídico, o julgado passa a ter força vinculativa sobre decisões futuras⁴⁹. Assim,

45 TARUFFO, n. 3, set. 2007, p. 13-14.

46 TARUFFO, n. 3, set. 2007, p. 709-724.

47 Termo utilizado por Neil MacCormick para determinar que “juízes devem universalizar regras o melhor que puderem dentro do contexto de uma ordem jurídica existente e estabelecida”. (*Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012, p. 80 *et seq.*); MACCORMICK, 2008, p. 199.

48 No original: “*Un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso succesivo*”. TARUFFO, set. 2007, n. 3, p. 709-724.

49 Sobre o tema, ver MARINONI, 2011, p. 21 *et seq.*

criado ou declarado o direito pelo tribunal, a regra só poderá ser alterada com a devida justificativa, sob pena de gerar grave insegurança para o sistema. Foi neste panorama histórico que se baseou a cultura jurídica dos países de *common law*.

No sistema de precedentes, de uma decisão deve-se extrair tanto a *ratio decidendi* como a *obiter dicta*. A *ratio decidendi*, portanto, é a decisão vinculativa, acompanhada da fundamentação, ou seja, da explicação do raciocínio. A *obiter dicta*, por sua vez, tem função meramente persuasiva; é a parte da decisão que não compõe a *ratio*. No entanto, justamente por haver a necessidade de se preservar a igualdade, nesse sistema ainda pode ocorrer o *overruling* e o *distinguishing*. “Pelo primeiro, entende-se a mudança de entendimento, ou seja, a alteração de uma tese; pelo segundo, uma exceção na aplicação da tese pela distinção do caso”⁵⁰.

Ao tratar da aplicação de precedentes, MacCormick⁵¹ apresenta uma definição de *ratio decidendi* como justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, mas suficiente para decidir questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso. Assim, um único caso poderá apresentar diversas *rationes decidendi*⁵², dependendo da quantidade

50 Teresa Arruda Alvim Wambier relata que há “decisões dos tribunais ingleses contendo discussões, ocupando 50 páginas, sobre casos anteriores, de 400 ou 500 anos. Assim, em *Bottomly v. Bannister* ([1932] 1KB 458), precedentes decididos em 1409 e 1425 foram citados para apoiar a decisão do juiz sobre a responsabilidade pelo vazamento de gás de um *gas burner* instalado em 1929. Afinal, dizem os ingleses, o sistema de precedentes é como um *strong cement*, para criar certeza. Esta, em parte, é uma das funções da doutrina, nos países da civil Law. [...] Este nível de rigidez não existe em todos os países de *common law*. O *overruling* é muito mais comum nos EUA do que na Inglaterra. Eles não hesitam em agastar precedentes considerados errados”. (Precedentes e evolução do direito, p. 42).

51 MACCORMICK, 2008, p. 199-204.

52 Neil MacCormick refere ainda a possibilidade de múltiplas *rationes* em virtude da pluralidade de votos que são proferidos pelos juízes em decisões tomadas de modo colegiado. Nesse contexto, considerando que todas *rationes* sejam consistentes entre si, quiçá todas poderiam ser seguidas. Esse modelo, entretanto, é criticado pela doutrina, pois, além de não conferir um grau elevado de coerência no tempo, todas as proposições presentes nesse precedente poderiam ser consideradas persuasivas, não vinculando as futuras decisões. (*Retórica e o Estado de Direito*, p. 204).

de questões solucionadas pelo juiz para a decisão completa.

E são essas fundamentações que levam a uma limitação das possibilidades de alteração do que já foi decidido. O autor entende que deve haver razão suficiente que justifique não seguir um precedente. Para isso, seria necessário demonstrar que a “nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão”⁵³.

O precedente tem relação com uma decisão de um caso particular, diferente da jurisprudência, que geralmente indica certa quantidade de decisões referente a diversos casos concretos, ou seja, o precedente forma-se, de regra, a partir de uma determinada decisão, ao contrário da jurisprudência, cuja formação tem origem em várias decisões sobre determinado assunto, sem que se possa, na maioria das vezes, identificar qual das decisões foi determinante para a formação da jurisprudência relativa à determinada interpretação de uma norma, se é que existe alguma com esta relevância qualitativa

A decisão judicial, na lição de Mitidiero, abre oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso:

[...] um *discurso voltado para o caso concreto* e um *discurso para a ordem jurídica*. O primeiro constitui *direito fundamental da parte* e compõe o núcleo duro do *direito ao processo justo* (arts. 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX, CRFB). O segundo é de *ordem institucional*, está estruturado para promover a *unidade do direito* e visa à realização da *segurança jurídica*, da *igualdade* e da *coerência normativa*. Vale dizer: *fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo a decisão judicial no Estado Constitucional* [Grifo do autor].⁵⁴

Como mencionado linhas atrás, o precedente contém uma regra universalizável, que pode, a critério do juiz e de acordo com a *ratio decidendi*, ser aplicada na decisão de lides futuras, cuja analogia dos dois casos concretos poderá ser afirmada ou refutada pelo

53 MACCORMICK, 2008, p. 199.

54 MITIDIERO, 2012, p. 85-99.

intérprete do caso sucessivo, na hipótese de identificar semelhança entre os fatos de ambas as situações fáticas.

Desse modo, é o juiz do caso posterior que decide, mediante análise da identidade dos fatos, se aplica a *ratio decidendi* do anterior. Esta é a grande diferença da jurisprudência, ou seja, uma só decisão forma um precedente que poderá ser aplicado na decisão do segundo caso.

Bem a propósito é a doutrina de Marinoni, que considera que “o verdadeiro valor do precedente não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”⁵⁵.

Para Mancuso, a jurisprudência consolidada ou sumulada, projeta efeitos “panprocessuais”, servindo de referência para a solução de casos análogos. “O efeito da decisão é inter-partes mas pode operar como paradigma para a solução de casos afins”⁵⁶

A jurisprudência, nesse sentido, diferencia-se dos precedentes por diversos aspectos, como a falta de análise comparativa dos fatos e a forma de sua constituição, que, na maioria dos casos, são representadas por enunciados sumulados elaborados por serventuários dos respectivos tribunais, por meio de textos breves e objetivos e, de regra, desvinculados dos casos concretos que os originaram, criando determinadas regras jurídicas. Decidir com base na experiência para a solução de problemas individuais, portanto, difere do raciocínio desenvolvido para a solução de problemas jurídicos com base em precedentes. No raciocínio individual, o fato de se ter decidido de uma forma no passado não gera presunção de que se deva decidir da mesma maneira no futuro⁵⁷.

O Brasil, em que pese não adotar o sistema de precedentes como o existente nos países de *common law*, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com a criação da súmula vinculante, conferiu a determinadas decisões do STF garantia de respeito e aplicação. A referida Emenda Constitucional inseriu no texto da Magna Carta a possibilidade de o STF, após reiteradas decisões sobre

55 MARINONI, 2008, p. 258.

56 MANCUSO, 2001.

57 LAMOND, 2006.

matéria constitucional, poder aprovar um determinado enunciado sumular com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta.

O art. 103-A da Constituição Federal dispõe que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica⁵⁸.

O objetivo principal da súmula vinculante era evitar que as pessoas fossem obrigadas a buscar seus direitos pelas vias judiciais “mediante processos judiciais de conteúdo idêntico aos que foram propostos, vitoriosos e que ensejaram a edição da súmula”. Ao contrário, a ideia era de que a Administração Pública decidisse e agisse de acordo com o estabelecido juridicamente pela súmula vinculante. Porém, a implantação do novel instituto, por si só, como previa Miranda de Oliveira na época, “não tem força suficiente para mudar essa triste prática da desobediência enraizada entre nós há muito tempo”⁵⁹.

Segundo Lamy, alerta para o fato de que a Emenda Constitucional n. 45 não inseriu no ordenamento brasileiro o sistema

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

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

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

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” BRASIL. Constituição (1988).

59 MIRANDA DE OLIVEIRA, 2005, p. 591-606.

de precedentes vinculantes de forma idêntica ao *stare decisis* do *common law*. Ressalta que não se deve confundir precedente jurisprudencial com súmula de um determinado tribunal⁶⁰. Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato⁶¹.

As súmulas vinculantes, bem como de ADI, ADC e ADPF, não geram precedentes, mas sim efeito normativo, cuja autoridade decorrente de dispositivo constitucional deve ser respeitada, sob pena de cassação do ato que a desconsidere. Essas decisões possuem efeito vinculante, o que não significa que são precedentes com efeitos vinculantes⁶².

Em relação à força das decisões judiciais no Brasil, Miranda de Oliveira prefere a distinção entre quatro grupos: precedentes, jurisprudência, súmula e súmula vinculante:

No sistema codicista brasileiro, a tese jurídica que fundamenta uma decisão judicial produz efeito diante do caso sob análise, mas não deixa de servir de exemplo, de *precedente*, para decisões subsequentes. Quando uma tese jurídica perfilhada se vê reiterada de modo uniforme e constante (permanência lógica e temporal) em casos semelhantes, identifica-se o que considera-se *jurisprudência*. Por sua vez, quando esta jurisprudência conquista terreno significativamente majoritário em determinado órgão judicial colegiado, pode ocorrer a edição de *súmula*, de modo que repercuta e fixe o entendimento sedimentado. No âmbito do STF, apenas em matéria constitucional, atingido o *quorum* de dois terços dos membros, a Corte está autorizada a editar *súmula vinculante*, tornando o preceito obrigatório a todos os órgãos judiciais e à Administração Pública direta e indireta⁶³.

60 LAMY, 2011, v. 1. (Coleção Ensaios de Processo Civil), p. 37. Para aprofundar a temática de precedentes e jurisprudência, ver TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Bologna, Il Mulino, ano LXI, n. 3, set. 2007; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 72-87, out. 2000.

61 ZANETI JUNIOR, 2015, p. 324.

62 VOJVODIC, 2012. 269f.

63 MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, p. 150.

No direito brasileiro, precedente não pode ser confundido com processo, na qualidade de instrumento criado pela jurisdição para a pacificação social, nem com o instrumento processual que o aplica. “Um processo pode possuir uma pluralidade de precedentes e, até mesmo, um único precedente pode ser formado por uma pluralidade de processos”. Nesse contexto, o precedente judicial funciona como instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, “edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir”⁶⁴.

Da mesma forma, precedente também não pode ser confundido com ementa. A ementa é uma ferramenta importante para difusão, conhecimento e catalogação do precedente, o que exige que sua redação facilite a localização do julgado.

A ementa não pode ser identificada e utilizada como um precedente e, além do mais, ser redigida com tais pretensões, sem qualquer preocupação com as particularidades do caso paradigma ou com as normas que regem a resolução do caso concreto julgado. Por essas razões, a ementa deve ser vista, e não mais que isso, como um instrumento que proporciona a catalogação da decisão nos repertórios, facilitando o acesso à informação nela contida, não como método de aplicação automática de precedentes.⁶⁵

Ao contrário do precedente, as ementas são formadas por um conjunto de sentenças e decisões em quantidade indeterminada, o que resulta em uma sensação de insegurança jurídica originada pela incerteza de se conhecer ou não a jurisprudência relevante para determinado caso e pela possibilidade de serem detectadas contradições e repentinas mudanças de posicionamentos. No direito brasileiro, portanto, ao menos até o início da entrada em vigor do novo CPC, os textos que formavam a jurisprudência tinham por base as ementas, sem a menção dos fatos que foram objeto de decisão.

64 TARANTO, 2010, p. 6-8.

65 MAGALHÃES; ALVES DA SILVA, v. 2, p. 211-237.

A falta de análise comparativa dos fatos dentro do contexto do sistema brasileiro apresenta algumas distinções que, leciona Wambier⁶⁶, devem ser feitas a partir da definição de “ambiente de decisão”, entendido como situações de direito material que serão objeto de decisões jurisdicionais. É justamente este “ambiente de decisão” que pode servir de ponto de partida para algumas reflexões sobre assuntos importantes como a função da lei e a função da jurisprudência, a evolução do direito, a conveniência da adoção de precedentes vinculantes ou que inspirem elevado grau de respeito. Este “ambiente decisional” fornecerá elementos para que se saiba se o juiz (i) pode levar em conta peculiaridades do caso concreto ao decidir nuances da situação, o que lhe dá certa margem de liberdade, e se (ii) pode legitimamente levar em conta, na sua decisão, alterações sociais que o autorizam a divergir do que até então estava estabelecido⁶⁷.

Algumas técnicas de uniformização utilizam como pressuposto a “identidade integral”, compreendida como situações em que fatos e questões jurídicas relevantes são absolutamente iguais, por exemplo, o agrupamento de lides relativas aos expurgos inflacionários de planos econômicos e a ações de assinatura básica por parte de algumas companhias telefônicas, casos em que o julgamento se dá pelo regime do art. 1.036 do novo CPC⁶⁸.

Existem, no entanto, casos mais complexos, que de comum nada mais têm do que um núcleo muito pequeno, mas *fortemente significativo*, como ocorre nos *ambientes decisionalis*, considerados *frouxos* ou *flácidos*, como os casos de direito de família. Na interpretação de Wambier, o único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, “não possíveis de serem tratados de forma coletiva, por não serem *idênticos*, é adotarem-se

66 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012.

67 Ibidem, p. 54.

68 “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.

métodos mais refinados de interpretação das decisões, de modo a extrair-lhes o *core*, como fazem os povos de *common law*.⁶⁹ Entre esses métodos mais refinados de interpretação, a autora cita a vinculação por *identidade essencial*, possibilitando reflexões em relação a situações as quais é difícil decidir se há semelhança ou não. Na hipótese de se encontrar semelhança, há que se verificar qual ou quais aspectos realmente *essenciais* as identificam:

[...] saber *quando* os casos ‘são’ iguais, ou determinar *quais critérios* devem fazer com que devamos considerar iguais certos casos, é um problema que se põe de forma aguda justamente quando se pensa na vinculação por *identidade essencial*. Como dissemos antes, esta é a forma de vinculação que deve haver em alguns casos, como, por exemplo, quando os tribunais decidem casos envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade, como conceitos vagos, princípios jurídicos ou casos gerais, em ambientes decisórios frouxos. [...] Mesmo os casos que envolvem fatos mais complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, que é justamente o que proporciona a vinculação por identidade essencial [Grifo da autora].⁷⁰

A grande dificuldade, porém, está em estabelecer a *identidade essencial* de determinados casos, quais os critérios que serão analisados para identificar a semelhança e os aspectos que realmente são essenciais⁷¹. Diferentemente, acontece nas técnicas de uniformização adotadas pelo Código de Processo Civil de

69 ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 58.

70 Sobre vinculação por *identidade absoluta* e vinculação por *identidade essencial*, ver ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 60.

71 Teresa Arruda Alvim Wambier cita como exemplo dois casos: um, em que uma paciente do Serviço Único de Saúde pleiteia preferência na fila para transplante de órgãos, em virtude da gravidade de seu caso e outro em que o paciente pleiteia liberação da verba para um remédio caro que não consta da lista dos fornecidos pelo Estado. A essência desses dois casos é saber se o Judiciário pode interferir na atividade do executivo, correndo o risco de resolver um problema e criar outros: salva a vida daquele que pleiteou em juízo ser o primeiro da fila e causa a morte do primeiro que foi preterido; custeia o remédio não oferecido e, para isso, usa verba dos remédios comuns para gripe, que beneficiariam toda a população. (Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 58).

1973, como as dos arts. 285-A (improcedência liminar), 543, B e C (julgamento por amostragem), e 557 (poderes do relator), que, por se tratarem de casos com questões jurídicas idênticas, havia a vinculação por *identidade absoluta*⁷².

O fato é que, independentemente do critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro para estabelecer uma decisão vinculativa, quanto maior a falta de uniformidade das decisões, maior será a insegurança jurídica e, conseqüentemente, maior também será a instabilidade social. Uniformidade e estabilidade da jurisprudência são alicerces para a concretização do princípio da segurança jurídica⁷³. E é justamente neste sentido, buscando o aprimoramento do princípio da isonomia nas decisões, que as últimas reformas legislativas no Brasil têm encaminhado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Juntamente com a evolução das relações sociais surgiu a necessidade de novos mecanismos jurídicos que atuem com eficiência na solução de litígios de massa, capazes de assegurar direitos e garantias já consagrados constitucionalmente, como as garantias processuais e a segurança jurídica. E é esse o desafio de uma legislação processual moderna: encontrar meios de solução dos novos conflitos que clamam por uma uniforme prestação jurisdicional, evitando, com isso, a existência de decisões divergentes sobre mesmas questões de direito, o que gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade, além de contribuir para o assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário. A perspectiva que conduziu a elaboração do novo CPC foi justamente essa e por meio dela se percebe uma clara intenção do legislador de buscar

72 Como exemplo, citam-se os “REsp 1243.887/PR e REsp 1.247.150/PR, sobre a competência para julgar liquidação de sentença coletiva; ou o REsp 1068.944 em que se resolveu que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviços de telefonia, há litisconsórcio necessário da Anatel, tendo-se ratificado a Súmula 356 (STJ), no sentido de ser legítima a cobrança de tarifa básica; e ainda, o REsp 1.106.654, em que se decide que a pensão alimentícia incide sobre o 13º salário e sobre 1/3 que se paga sobre o mês de férias”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 81.

73 DANTAS, 2013, p. 123-141.

uma prestação jurisdicional alternativa como meio de resolução dos conflitos de massa levados ao Judiciário.

Nesse ínterim, a nova legislação processual prevê a implantação do sistema de precedentes, cuja função é de contribuir para a construção de um sistema jurisdicional uniforme e coerente, próprias de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a ideia do legislador foi a de buscar, por meio de uma jurisprudência uniforme e estável e de uma tese-paradigma decidida pelos tribunais, um ordenamento jurídico voltado à promoção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, alcançados pela igualdade de tratamento jurisprudencial obtida no julgamento de questões de direito jurídicas comuns. O fundamento essencial dos precedentes, portanto, é dar ordem e unidade ao sistema e, na mesma trilha, aprimorar a prestação jurisdicional brasileira.

Precedentes, portanto, não se confunde com jurisprudência. Da jurisprudência (regra extraída de repetidas decisões proferidas em casos similares), poderão surgir enunciados contendo o extrato das decisões. A jurisprudência, por conseguinte, decorre da posição majoritária, ou seja, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal. A jurisprudência tem seu valor pelo conjunto de outras decisões proferidas no mesmo sentido, demonstrando haver certo consenso sobre a matéria posta em discussão, o que, até então, costumava-se fazer menção a uma decisão judicial, qualificando-a como precedente. No entanto, a noção de precedente no CPC/2015 projeta no futuro a ideia de que uma determinada tese criada a partir de uma decisão deve servir de parâmetro para o futuro.

Logo, o precedente tem relação com uma decisão de um caso particular, diferente da jurisprudência, que geralmente indica certa quantidade de decisões referente a diversos casos concretos, ou seja, o precedente forma-se, de regra, a partir de uma determinada decisão, ao contrário da jurisprudência, cuja formação tem origem em várias decisões sobre determinado assunto, sem que se possa, na maioria das vezes, identificar qual das decisões foi determinante para a formação da jurisprudência relativa à determinada interpretação de uma norma, se é que existe alguma com esta relevância qualitativa.

Nesse sentido, a decisão baseada na jurisprudência volta-se ao caso concreto, ao devido processo legal, enquanto a decisão originada a partir de uma tese jurídica paradigmática (precedente) volta-se a ordem jurídica, tendo em vista a unidade do direito através da coerência normativa.

REFERÊNCIA

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 6 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 116.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. **The doctrine of *stare decisis* and the *civil law*: a fundamental difference - or no difference at all?** Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981.

COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO DO STF. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. Belo Horizonte, OAB/MG, v.1, p. 73, jan./jun. 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ lança “processômetro” para acompanhar cumprimento da meta 2**. 03.09.2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/67576-cnj-lanca-processometro-para-acompanhar-cumprimento-da-meta-2>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Metas Nacionais**. Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

COOPER, Thomas Mackay. The common and the civil law - a scot's view. **Harvard Law Review**. Harvard: The Harvard Law Review Association. v. 63, n. 3. jan. 1950, p. 468-475. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1336245>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

DAMAŠKA, Mirjan. The common law-civil law divide: residual truth of a misleading distinction. In: CARPI, Federico (Org.). **The future of categories**. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009. Disponível em: <<http://www.readbag.com/iapl2009-documents-1mirjandamaska>>. Acesso em: 15 maio 2015.

DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 123-141.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011, v. 1.

_____; GRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 12. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, 2001, v. 3,

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta. ed., 2006. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 16 maio 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 1. (Coleção Ensaio de Processo Civil).

LORD GOFF OF CHIEVELEY. The future of the common law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 46, 4. ed. 1997, p. 745-760. Disponível em: <DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v72p2310.1017/S0020589300061194>. Acesso em: 17 jul. 2015.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2012, p. 80 *et seq.* [DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v72p2310.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001]. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198763840.001.0001/acprof-9780198763840-chapter-9>>. Acesso em: 6 ago. 2015

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a**

comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

MAGALHÃES, Breno Baía; ALVES DA SILVA, Sandoval. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto no novo Código de Processo Civil**, v. 2, p. 211-237.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, UFPR, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 503-517.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 10. (Coleção Ensaios de Processo Civil).

_____. Súmula vinculante: (in)efetividade e medidas paralelas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 591-606.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: ____; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85-99.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de direito político**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

SALLES, Carlos Roberto de. Class action: algumas premissas para comparação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 174, p. 747-767, out. 2011.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Gestão judicial e democratização. **Jurisprudência Catarinense**, Ano XXXVI, 4º trimestre de 2009 e 1º trimestre de 2010, n. 120, Florianópolis, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2010, p. 27-59.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Il vértice ambíguo: saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 110, p. 141-158, abr. 2003.

_____. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Org.). **Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente**. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

_____. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Bologna, Il Mulino, ano LXI, n. 3, set. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 189, p. 9-47, nov. 2010.

VOJVODIC, Adriana M. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. 269f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 72-87, out. 2000.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

Recebido em: 02/10/2017

Aprovado em: 05/03/2018