

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA I**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-351-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# **XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I**

---

### **Apresentação**

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Livia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS “PRECEDENTS” DO “COMMON LAW” (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de “jurisprudências defensivas” nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação *Stricto Sensu*, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Università Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

**A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS “PRECEDENTS” DO “COMMON LAW”**

**THE PREVIOUS MODEL INCORPORATION BINDING IN BRAZIL AS JURISPRUDENCE WAY DEFENSIVE COURTS AND THAT DISTINGUISHES OF THE NATURE PRECEDENTS THE COMMON LAW**

**Paulo Henrique Martins <sup>1</sup>  
Dirceu Pereira Siqueira <sup>2</sup>**

**Resumo**

Objetiva-se, neste trabalho, demonstrar que a incorporação dos precedentes no Brasil não representa a forma pela qual fora idealizado nos países do “common law”. Para isso se enfatiza a forma como o precedente surgiu na Europa e Estados Unidos, e como nestes modelos o precedente é encarado como fonte primária normativa e com fins de efetivação dos direitos. Na sequência, mostra-se que o Brasil está incorporando o sistema dos precedentes do “common law”. Todavia, esta incorporação não atinge a efetivação de direitos, mas sim visa estabelecer rol de “jurisprudências defensivas” nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à efetividade.

**Palavras-chave:** “common law”, “civil law”, Precedentes vinculantes, Jurisprudência defensiva

**Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this research is to demonstrate the incorporation of precedents in Brazil isn't the way out idealized in the common law countries. For it, emphasizes how the form which the precedent appeared in Europe and the United States, and how these models the precedent is seen as a primary source of rules and rights realization purposes. Further, it shows that Brazil is entering the system of precedents of the "common law". However, this merger doesn't affect the enforcement of rights, but aims to establish list of "defensive jurisprudence" in the higher courts, which proves detrimental to the effectiveness.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Common law, Civil law, Binding precedents, Defensive jurisprudence

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar - Centro Universitário Cesumar. Graduado em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha. Advogado em Maringá. Endereço eletrônico: paulohenriquemartins.edu@outlook.com.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru. Professor e Advogado. Endereço eletrônico: dpsiqueira@uol.com.br.

## **1. INTRODUÇÃO**

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

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

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

## **2. A IDEALIZAÇÃO DO “COMMON LAW” E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL**

A origem do sistema de “common law” remota a oposição à utilização dos costumes locais, para a unificação de um direito comum em toda a Inglaterra (DAVID, 2002, p. 359).

O primeiro significado do sistema de “common law” foi a de “direito comum”, ou seja, aquele originado das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, que foram tribunais criados pelo Rei e com subordinação direta deste com o nítido propósito de unificar as normas do reino.<sup>1</sup> Há também que se destacar o papel da chamada “Equity”, ou seja, o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei (geralmente ocupados por um membro da Igreja) para equilibrar ou sopesar os rigorismos do sistema e atingir, por meio da equidade, a solução mais justa no caso concreto (SOARES, 2000, p. 32).

---

<sup>1</sup>Os Tribunais de Westminster tiveram importância na unificação do “common law” inglês, uma vez que antes deste havia um “direito costumeiro tribal” pulverizado e distinto em cada uma das tribos antigas da Inglaterra, fato este que perdurou até a conquista da Normandia, ocorrida no de 1066.

De forma similar aos “praetores” do Direito Romano que ouviam as queixas e prolatavam decisão para pacificar o conflito, no “common law” inglês os julgadores concediam o denominado “writ” que era uma ação nominada e com fórmulas pré-determinadas pelos costumes, o que representava a obtenção de um remédio adequado à situação concreta (SOARES, 2000, p. 32).

Soares destaca:

A ideia de “writ” constituía numa ordem dada pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem, em relação ao beneficiado que obtinha o remédio, sua situação jurídica, definida pelo julgamento a seu favor. Se não houvesse um “writ” determinado para a situação, não haveria possibilidade de dizer-se o direito (e, sendo assim, criava-se uma intolerável denegação da justiça e a impossibilidade de saber qual o direito aplicável (SOARES, 2000, p. 32-33).

Na Inglaterra, o sistema dava mais importância às chamadas ações processuais (“writ”) do que o estabelecimento de normas de direito subjetivo. O sistema (de tentativa de “encaixe” do caso concreto a um “writ” já prolatado) era complexo, já que em 1227 existiam apenas 56 “writs”, número esse somente elevado para 72 em 1832, o que impunha ao aplicador da norma a necessidade de se utilizar frequentemente da analogia (DAVID, 2002, p. 362).

Soares destaca que:

(...) por analogia, para determinadas circunstâncias, concediam-se “writs” para situações novas, a exemplo: inexistia um “writ” determinado para [uma modalidade determinada de] contratos, contudo, através de “writ of detinue”, originariamente destinado a beneficiar um possuidor de boa-fé, o mesmo passaria a servir para proteger quem detivesse, sem justo título, uma propriedade, portanto quem detivesse a coisa sem ter um contrato que legitimasse a posse; ou ainda o “writ of trespass” que originalmente servia para proteger um dano causado por ato ilícito, seria aplicado, analogicamente, para proteger um contratante que tivesse sido prejudicado pela inadimplência” (SOARES, 2000, p. 33).

O sistema formalístico (rígido) logo sofreria modificações, até mesmo impulsionadas pela frequência da utilização dos procedimentos excepcionais (e empregos da analogia), concedidos quando da inexistência de um “writ” do sistema de “common law” propriamente dito, que fez surgir uma verdadeira justiça paralela, denominada de Courts of Westminster com a utilização de uma linguagem e precedentes próprios que posteriormente foram aplicados pelos Tribunais do Chanceler que rivalizariam com as Cortes de Westminster. Os Tribunais do Chanceler acabariam formando m corpo de normas denominadas de “Equity” (SOARES, 2000, p. 34).

Segundo Soares (2000, p. 34) as “Courts of Chancery” se apoiavam em normas do Direito Canônico, que eram mais evoluídas e melhor elaboradas se comparadas aos procedimentos do “common law”.

Quando Henrique VIII rompeu com a Igreja Católica, estabelecendo a sua própria igreja protestante (Anglicana) não havia mais um Chanceler da Igreja Católica ocupante da Corte de Chancelaria, o que afastou gradativamente a “Equity” da influência do Direito Canônico, bem como a aproximou (inclusive com os usos e formalismos) do sistema de “common law”. Esse fenômeno desencadeou na junção dos Tribunais da “Equity” e da “Common Law” para os Tribunais Comuns da Inglaterra no ano de 1873 e 1875 por meio dos denominados “Judicature Acts” (SOARES, 2000, p. 34-35).

Destaca Soares:

Mesmo unificados os órgãos de aplicação da “common law” e da “Equity”, conservaram eles suas características originais e suas regras próprias, o princípio, que sempre foi dominante e que, em certa medida, continua, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que a utilização da “Equity” só é possível quando inexistir remédio na “common law” (...). Embora na Inglaterra permaneça um contraste entre “common lawyers” e “equity lawyers”, mais pelo estilo de atuação e particularidade de problemas, a unificação dos órgãos judiciários permite hoje afirmar que a diferença entre “common law” e “Equity” se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados, em um ou outro ramo do direito, submetidos às interpretação judiciárias próprias (os “precedents” da “common law” e os da “Equity”, em princípio, não são intercambiáveis, posto que marcados cada qual com um traço de sensibilidade própria aos problemas a serem resolvidos) (SOARES, 2000, p. 35-36).

Já em relação aos Estados Unidos, o sistema de “common law” foi incorporado de uma maneira distinta do modelo inglês, pois a noção de “Equity” foi recebida no momento que este já deixava de ser na Inglaterra um instrumento independente da “common law”, o que levou à judicatura estadunidense inexistir a dualidade entre os chamados “common lawyers” e “equity lawyers”. Após a unificação nos EUA da justiça federal, ocorrida em 1938, as “actions at law” e os “suits in equity” foram convertidas em espécies do gênero “civil actions” (SOARES, 2000, p. 36).

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

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

(...) a Inglaterra, que considerarmos uma “common law” mais pura, desconhece a primazia de uma Constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à “civil law”), nem tem ideia da primazia dos “statutes”, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciais, segundo os “case laws” dos Estados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aqueles intersticiais, mas fique desde já bem anotado que nos EUA (por tratar-se de um sistema misto entre a “common law” e “civil law”) permanece o traço característico do sistema: o “judge-made-law” (SOARES, 2000, p. 39).

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

É a doutrina do “stare decisis”, que deriva da frase latina “stare decisis et non quieta movere”: apoiar, manter as decisões, e não perturbar os pontos pacíficos. O precedente judicial encontra-se diretamente conjugado aos fatos que originam a questão de direito, o que possibilita a sua reprodução em casos posteriores a partir da análise da ementa tecida do julgamento, pois se trata de uma “questão jurídica”, que é inseparável do ‘caso’ que lhe deu origem” (RAMIRES, 2010, p. 68).

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

No sistema da “common law”, com o uso do método indutivo, tendo um caso concreto para solucionar, o juiz, tradicionalmente, considera as decisões anteriores na matéria e não só os resultados, as soluções finais, analisa também os fatos que foram base de cada uma delas. O juiz só vai considerar casos anteriores com fatos suficientemente semelhantes àquela que ele tem de solucionar. Analisando os fatos e as soluções das decisões anteriores, ele chegará à regra concreta – a “ratio decidendi” – fundamento das decisões tomadas, e aplicará essa regra ao novo caso (ZITSCHER, 2001, p. 23).

A fonte primária do direito da “common law” é a decisão anterior (“precedent”), sendo recurso utilizado pelo aplicador a análise cuidadosa dos “precedents” para, somente após esse cotejo, encontrar um (daqueles “precedentes” que se demonstre mais adequado ao caso concreto. O texto escrito (“Statute Law”) é meio subsidiário na busca da resolução dos

“cases”, quando se demonstrar impossível a construção jurídica da solução justa com base na inexistência de casos anteriores julgados (“precedents”).

Gennaioli e Shleifer (2007) sintetizam essa conclusão, e reforçando a questão do direito ser construído pelo magistrado: “in a common-law legal system, such as that of the United States and the United Kingdom, many important laws are made not by legislatures but by appellate courts deciding specific cases and thus creating precedents”.<sup>2</sup>

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

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

O sistema de “common law” inglês prevaleceu na Europa durante os séculos V ao XI, quando os povos germânicos dominaram a Europa central e ocidental. Nesse período, os escritos e tradições de direito romano praticamente desapareceram (WAMBIER, 2009, p. 122).

Após o século XI, o direito romano foi gradativamente resgatado, tornando-se objeto de imensa atenção de estudiosos, principalmente de Bologna, no Norte da Itália. A jurisprudência, no sentido de ramo de conhecimento e estudo do direito, nasceu nessa época (WAMBIER, 2009, p. 122).

Wambier (2009) destaca a importância do “Corpus Juris Civilis” que se tornou base para o início da incipiente sistematização dos antigos escritos romanos em orientações gerais a serem utilizadas pelos julgadores:

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

---

<sup>2</sup>“No sistema jurídico do “common law”, como o dos Estados Unidos e do Reino Unido, muitas leis importantes não são feitas por legisladores, mas por tribunais de apelação ao decidir casos específicos e criando assim os precedentes” Tradução livre do autor.

passariam, assim, a ser vistos como paradigmáticos, devendo ser considerados parte do “Corpus” (WAMBIER, 2009, p. 122).

A necessidade de sistematização dos textos romanos, como um conjunto ordenado e coerente de regras, gerou uma necessidade dos estudiosos interpretarem a regra jurídica com base na lógica integradora (ideia de sistema). O Direito passa a ser absorvido pelas universidades, local onde estudiosos se ocupavam não só de analisar técnicas jurídicas para manter a coerência lógica do sistema, mas também acabou servindo para atingir propósitos políticos (WAMBIER, 2009, p. 123).

Wambier sintetiza:

“Auctoritas” e “ratio” eram as principais características do direito nesse período e os textos legais eram o ponto de partida de qualquer raciocínio jurídico. Entende-se, portanto, a importância que tem a doutrina para os sistemas de “civil law”. No período subsequente, o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno pensamento sistemático (1600-1800). O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O fato de ser a lei escrita tornava tudo mais fácil (WAMBIER, 2009, p. 123).

A origem real do termo “civil law” ocorreu com a Revolução Francesa e a passagem do centro de poder do monarca para a nação, sendo que o poder central justificado ou legitimado pelo povo guardava estrita observância e vinculação à lei elaborada pela Assembleia Legislativa. O Judiciário era nessa época o mero “boca da lei”, dizia o direito com base na análise fria “lei + fatos = decisão” (WAMBIER, 2009, p. 123).

A função a que se prestava o sistema de “civil law” era clara: evitar o abuso de poder por meio da vontade (unilateral) do soberano e o controle (restrição) do poder pela vinculação do ato do governante à lei posta. O Estado de Direito estava erigido por uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 67).

Bobbio (2000, p. 312-313) destaca que nessa época havia forte aproximação entre lei escrita e a igualdade, pois, de um lado, onde há império da lei há igualdade, por outro lado, onde há vontade do homem (leia-se soberano) há arbitrariedade.

O “civil law” possibilitou a estabilidade das relações, e o desenvolvimento do homem na passagem do “Antigo Regime”<sup>3</sup> para o Estado Moderno. Essa estabilidade repercutiu na complexidade dos conflitos, sobretudo quanto aos conflitos gerados pela

---

<sup>3</sup>Grossi explica o significado dessa expressão da seguinte forma: “Com a expressão ‘antigo regime’, tradução do usual francês ‘ancien régime’, pretende-se designar a civilização socioeconômico-político-jurídica da França antes da Revolução Francesa de 1789; uma civilização com estrutura corporativa, com alguns resíduos medievais, apesar de seu já longo itinerário através do ‘moderno’ (sécs. XV-XVIII) e na qual o direito ainda fundava-se prevalentemente em costumes imemoriais” (GROSSI, 2005, p. 3 – nota de rodapé 1).

mobilidade social e a modificação dos valores jurídicos defensáveis (WAMBIER, 2009, p. 124).

Se por um lado o sistema de “civil law” funcionou perfeitamente para retirar o alto grau de subjetividade do julgador, aproximando a população, por meio da efetivação da igualdade, do (em teoria) acesso à justiça, esse sistema cresceu de sobremaneira, impossibilitando que o processo de resolução de conflitos se desse automaticamente num processo de natureza lógico-dedutivo (WAMBIER, 2009, p. 124).

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

Para David (2002, p. 65) a “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades”. Entretanto, o autor ressalta que essa técnica como sendo fruto de uma modificação social, trouxe modificações sistêmicas no estudo do direito. O processo da codificação das normas possibilitou a disseminação do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema.

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

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo (GROSSI, 2005, p. 51).

Marinoni destaca que não é o fenômeno da codificação em si que traça a distinção fundamental entre os sistemas “common law” e “civil law”. Na “common law” também existe a produção de textos escritos (a exemplo dos “Statute Laws” do direito inglês) a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles. Isso porque, na colisão entre precedentes e legislação, a prevalência é dada para os precedentes. Já na “civil law” ocorre o inverso (MARINONI, 2009, p. 46-47).

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

O Brasil adota o modelo jurídico de “civil law”, ou seja, aquele diretamente vinculado à produção legislativa do país (Poder Legislativo), dentro que se chama de “positivismo jurídico”. Essa conclusão é retirada do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, que estatui: “ninguém será obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Conforme destaca Canotilho:

O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção de liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII (...). A Constituição e 1988, em seu artigo 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é instrumento que garante a liberdade (CANOTILHO; et al., 2013, p. 1507-1508).

Essa igualdade que no “civil law” foi diretamente associada à estrita aplicação da lei e ao processo de codificação intensa do Direito, o que, Grossi (2010, p. 80) chamou de “legolatria” – ou para Canotilho (2013, p. 1510) o denominado “Estado legislativo” – foi substituído, aos poucos, pela ideia do chamado “Estado Constitucional” (CANOTILHO; et al., 2013, p. 1510).

Canotilho destaca:

Por outro lado, o incontestável fenômeno da inflação legislativa, que permite a alguns conceituar o legislador contemporâneo como um “legislador motorizado” (Zagrebelsky), e a contínua perda do caráter geral e abstrato das normas, ante a profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias, faz transparecer uma evidente “crise de legalidade”, cujo remédio mais imediato pode ser observado no intento das Constituições de estabelecer uma unidade normativa por meio de princípios capazes de permitir a convivência social em meio ao pluralismo inerente às sociedades complexas (CANOTILHO; et al., 2013, p. 1511).

Ocorre que embora o Brasil notadamente obedeça a base de um sistema de “civil law” não se pode negar que o fenômeno da globalização retirou do jurista a exclusividade do estabelecimento do Direito, conforme destaca Grossi:

(...) De fato, globalização – para o jurista – significa a ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. Se ontem o legado, o vínculo, entre o direito e a vontade política tinha quase as características da necessidade, agora a virulência e a capacidade de império das forças econômicas impõem outras fontes de produção. O legislador estatal é lento, distraído, vulgarmente dócil aos desejos dos partidos políticos; a justiça estatal não está em condições de corresponder às exigências de rapidez e de concretude da práxis econômica (...). A práxis econômica e as novas mirabolantes técnicas exigem novos instrumentos jurídicos não encontráveis na bimilenar tradição romanista fundamentalmente radicada na noção de coisa corporal que, no final do século XX parece paleolítica aos contemporâneos homens de negócios (GROSSI, 2010, p. 76-77).

Para Grossi, o “código” representa uma grande utopia e presunção de que o legislador poderia encerrar em sua “atividade criativa” o universo jurídico das situações antevendo os conflitos sociais e dando sempre resposta pronta, sensata, perfeita e que melhor se amoldaria sobre uma determinada situação. Essa utopia é desmascarada com a globalização que se opõe à codificação, pois aquela busca atingir com o Direito a flexibilidade, a oralidade e mutabilidade das normas (GROSSI, 2010, p. 80-82).

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

Por isso, a velha imagem de pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica. E os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede, em um sentido bem diferente de como a invocamos para concretizar a ideia de filtro entre fatos e direito, no sentido de substituir a imagem piramidal potestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, por uma relação de recíproca interconexão (GROSSI, 2010, p. 83).

Nesse contesto, da formação de uma “sociedade globalizada”, sem fronteiras econômicas e de comunicação instantânea, ditada pelas regras de mercado, que compartilha necessidades comuns, fica enfraquecida a dicotomia entre os sistemas da “civil law” e “common law”, o que Cappelletti (1993, p. 123-124) denomina de “convergência evolutiva”.

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

No Brasil a cada dia se tem prova da força dos precedentes judiciais, sobretudo nas regras insertas no novel Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), mormente no seu artigo

927<sup>4</sup>, e também o uso das consagradas Súmulas Vinculantes introduzidas pela Lei 11.417/2006.

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

Nessa linha, fala-se em “distinguishing”, a técnica do confronto do precedente “versus” caso concreto, para se afastar a aplicação da solução empregada no paradigma (precedente) no caso sub judice (DIDIER JR., 2011, p. 402-403).

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

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

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

---

<sup>4</sup>“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2015).

before the court. The court is bound there is no reasonable legal distinction between the two groups of facts (POMORSKI, 1975, p. 44).<sup>5</sup>

Para Pomorski (1975, p. 44-48), portanto, aplicação dos precedentes pelos tribunais do “common law” pode ser encarada de três formas: (i) como regra geral os precedentes devem ser seguidos, porque, com base no interesse da sociedade, o Direito deve ser estável e uniforme; (ii) o Tribunal é livre ou deve se afastar da aplicação de um precedente, se, por modificação das circunstâncias ou das necessidades sociais, a adesão à decisão do precedente possa resultar em prejuízo ao interesse público (ou desestabilidade do Direito); e (iii) a valoração quanto a uma decisão deve ser ou não seguida baseada em um critério de utilidade social, buscando o tribunal tomar a decisão mais justa, inclusive trazendo justificação suficiente para a derrogação do precedente (“overruling”).

Com efeito, a estagnação da norma não resolve os conflitos sociais que precisam de demandas efetivas (e que atendam às características de novos direitos). É justamente a evolução, e a correção dos precedentes anteriores (leia-se: que não atendem mais aos anseios sociais) que se tem o “overruling”.

Sobre o “overruling”, e a revogação do precedente, destaca Marinoni, que nem sempre será a melhor decisão, caso esta trazer instabilidade e prejuízos maiores do que a própria manutenção do anterior precedente a que se pretende revogar. De modo que, para que o “overruling” não tenha efeitos retroativos é necessário que as situações e relação jurídicas estejam pacificadas e devidamente justificadas sua manutenção (segurança jurídica e ato jurídico perfeito). Do contrário, o incorreto afastamento do “overruling”, na verdade, pode representar no caso concreto a fossilização do precedente (MARINONI, p. 255-284, 2011).

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

---

<sup>5</sup>“Embora os tribunais tenham a obrigação de aplicar súmulas vinculantes, este dever está sujeito à oitiva [prévia] do caso concreto pelos tribunais. Quando se diz que um tribunal é obrigado a seguir um caso, ou vinculados por uma decisão (...) significa que um juiz tem a obrigação de aplicar uma determinada “ratio decidendi” para os fatos antes dele, se ausente distinção legal razoável entre estes fatos e os fatos a que fora aplicado [o precedente] no caso anterior. Como vemos, esta obrigação não é meramente mecânica. Para além de toda a técnica, por vezes, é complexa a interpretação seguida pelo tribunal a fim de definir a “ratio”, sendo esta a segunda etapa que envolve uma comparação dos fatos relevantes do precedente e os fatos do caso perante o tribunal. O Tribunal é obrigado a aplicar o precedente, quando não houver distinção jurídica razoável entre os dois grupos de fatos” – Tradução livre do autor.

jurisdicionados, mormente quando estes pleiteiam direitos contra o poder público, tema desenvolvido no próximo capítulo.

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

## **5. A APLICAÇÃO DESENFREADA DOS PRECEDENTES COMO JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA QUE COMPROMETEM À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO**

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

Para exemplificar, conforme dados obtidos no Relatório Estatístico de 2015 do Superior Tribunal de Justiça, o número expressivo de recursos rejeitados no STJ (seja pela inobservância de requisitos extrínsecos ou intrínsecos) em número totais, ou seja, sem mencionar a natureza do incidente recursal rejeitado, chegou-se no total de R\$ 77,86%, pois do total de julgados em 2015 (461.490), apenas 11,75% foi dado provimento, a 58,89%, negado, 18,97% não foram conhecidos, 4,58% encontravam-se na categoria “outros” (homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflitos de competência, entre outras decisões) e 5,81% sem teor de decisão (BRASIL, 2015, p. 6-7).

Medina lança importantes críticas sobre esse tema:

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

tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei (MEDINA, 2013).

Dentro dos complicadores, pode-se citar o problema da chamada “repercussão geral”, introduzida pela Lei 11.418/06, que obriga o recorrente no recurso extraordinário provar a existência de pertinência temática de seu “case” em nível de interesse nacional (a questão de direito – violação constitucional – do recurso extraordinário deve ultrapassar os interesses subjetivos das partes).

Outro problema, vinculado ao anterior, é a utilização da Súmula 284 do STF (BRASIL, 1963) e a questão da deficiência da fundamentação para a demonstração da repercussão geral. Diz o verbete da aludida súmula: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Essa súmula é perigosa, no sentido de atribuir total discricionariedade aos Ministros do Supremo a interpretação do conceito jurídico indeterminado da “deficiência”. O que é deficiente, em termos jurídicos, que impede a compreensão da controvérsia? Como combater essa declaração de “deficiência” por um dos Ministros? São perguntas sem respostas objetivas.

Ainda, a utilização das Súmulas 07 do STJ<sup>6</sup> e 279 do STF<sup>7</sup> e a malfadada vedação ao reexame de fatos e provas em sede de recurso especial e extraordinário, segue a mesma lógica de como enfrentar a violação à norma federal e constitucional sem, ao menos, se inteirar dos fatos e provas produzidas nos autos e, dentro desse contexto probatório, se realmente foi analisado (e balizado) corretamente pelos juízos inferiores as provas com base nos institutos de lei e da própria Constituição.

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

---

<sup>6</sup>“Súmula 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL, 1990).

<sup>7</sup>“Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1063).

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

Segundo Wambier,

(...) a jurisprudência dominante [por meio] da súmula do STJ ou do STF, como parâmetros para a decisão (...) só podem gerar resultados saudáveis se os Tribunais Superiores deixarem de alterar suas decisões. Caso contrário, ousaríamos dizer que a quase todas essas inovações poderão ser consideradas um desastre. (...) Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais ‘grandes viradas’, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer” (WAMBIER, out/2009, p. 04).

Maximiliano (1980, p. 187) esclarece que a jurisprudência não é precedente nos moldes do sistema do “common law”, pois “a jurisprudência é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos. Contribui, como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.”

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

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

A jurisprudência, quando consolidada, pode originar súmulas, que são o resultado do procedimento de uniformização de jurisprudência. Este procedimento de uniformização cria as súmulas, que são definidas por Cunha (1999, p. 124) como “enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação para toda comunidade jurídica”.

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

As Súmulas Vinculantes, igualmente, são mecanismos criados pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 com intuito de garantir a uniformidade da interpretação jurídica do texto constitucional ou legal. Não se trata de precedente propriamente dito, porque as súmulas vinculantes vão estabelecer enunciados “gerais e abstratos” que servirão para gama indeterminadas de situações jurídicas a partir de sua edição, e terão força vinculativa à administração pública direta e indireta e a todos os tribunais do país. Ora, as súmulas vinculantes são normas jurídicas criadas pelo próprio Judiciário.

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

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

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

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

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

O modelo do “civil law”, consagrado após a Revolução Francesa, e que possui como fonte primária do Direito a lei (enquanto representação de um texto escolhido pelos Poder

Legislativo), foi o sistema que predominou na Europa Continental (nos países de tradição romano-germânica) e na América Latina, inclusive no Brasil.

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nº CF/88, de 05 de outubro de 1988. **Constituição Federal**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Lei**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. **RELATÓRIO ESTATÍSTICO**. Brasília, Df. Boletim Estatístico, 2015. 26 p. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relatorio Estatístico de 2015\(Ultima Versao\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relatorio%20Estatistico%20de%202015(Ultima%20Versao).pdf)>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. **Diário de Justiça**. Brasília, 03 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'>)>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. **Imprensa Nacional**. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21 set. 2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 284. **Imprensa Nacional**. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21 set. 2016.

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

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

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

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

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

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

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

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The Evolution of Common Law. **Journal Of Political Economy**. Chicago, p. 43-68. jan. 2007. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution\\_jpe\\_final.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution_jpe_final.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

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

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

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

POMORSKI, Stanislaw. **American Common Law and the Principle Nullum Crimen sine Lege**. 2ª ed. Warszawa, Poland: Polish Scientific Publishers, 1975.

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

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. Birigui: Boreal, 2012.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). **Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância**. Birigui: Boreal, 2013.

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

\_\_\_\_\_; BRITO, Jaime D. Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um sistema geométrico variável? *In*: BRANDÃO, Fernanda Holanda de

Vasconcelos; MAILLART, Adriana Sila; NETO, José Querino Tavares (Orgs.). **Acesso à Justiça I**. Florianópolis: Conpedi, 2014.

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

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