III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

DANIELA MARQUES DE MORAES

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Eduardo Augusto Salomão Cambi; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-303-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Civil. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a presente publicação, fruto das pesquisas apresentadas a partir dos artigos aprovados no Grupo de Trabalho Processo Civil I do III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente nos dias 23, 24, 25, 26 e 28 de junho de 2021.

A terceira edição virtual do CONPEDI foi organizada com o intuito de garantir a oportunidade de realização de tão importante evento acadêmico-científico, mesmo diante da crise sanitária que se vivencia no país e no mundo em decorrência da pandemia da COVID-19, assegurando a concretização de discussões plurais e democráticas entre as pesquisadoras e os pesquisadores com fluência de suas pesquisas jurídicas, cuja potencialidade é a de influir nas práticas legislativas e judiciais.

No GT Processo Civil I, foram apresentados 26 resultados de pesquisa, por meio de artigos que discutiram temas caros ao sistema de justiça: recursos para os tribunais superiores; juizados especiais; negócios jurídicos processuais; precedentes judiciais; princípios constitucionais-processuais; atuação jurídica extrajudicial; processo estrutural; fundamentação das decisões judiciais; coisa julgada; demandas repetitivas; medidas executivas-satisfativas; e técnicas para o saneamento do processo.

Todas as pesquisas, além de bem apresentadas, foram colocadas em discussão, momento no qual foi possível estabelecer o debate horizontal sobre cada um dos assuntos, com as contribuições que, certamente, engrandecerão as etapas futuras das explorações dos temas para que as investigações sejam aprofundadas, se assim desejarem as autoras e os autores dos artigos científicos.

Importante frisar o compromisso e a sensibilidade das e dos integrantes do GT quanto ao impacto da pandemia na estrutura e nas dinâmicas do sistema de justiça, resultante de novas práticas jurídicas, e que foram exploradas nos artigos apresentados.

Desejamos, a quem se lançar à esta publicação, uma excelente e prazerosa leitura! Há muito o que refletir neste volume.

Profª. Drª. Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília - UNIMAR)

A INSERÇÃO DO INSTITUTO DO STARE DECISIS NOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO BRASILEIRO

THE INSERT OF THE STARE DECISIS INSTITUTE IN THE JUDICIAL PRECEDENTS OF BRZILIAN LAW

Ana Débora Rocha Sales [1]
Noelle Costa Vidal [2]
Renata Albuquerque Lima [3]

Resumo

Presente assunto é relevante, pois importa no reconhecimento da inserção no sistema jurídico brasileiro, dos paradigmas doutrinários da tradição jurídica. O objetivo é analisar a inserção do instituto do stare decisis nos precedentes judiciais no Brasil. A metodologia foi a pesquisa bibliografica que inclui livros, dissertações, artigos e legislação brasileira. Concluímos que a utilização do citado sistema e o cumprimento ao precedente mostram-se benéficos quando estes se acham em aquiescência com a ordenação jurídica. Assim é justificável a instituição do stare decisis com os instrumentos que se conservaram na legislação.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Common law, Civil law, Stare decisis

Abstract/Resumen/Résumé

This subject is relevant, as it is important to recognize the insertion in the Brazilian legal system, of the doctrinal paradigms of the legal tradition. The objective is to analyze the insertion of the institute of stare decisis in the judicial precedents in Brazil. The methodology was bibliographic research that includes books, dissertations, articles and Brazilian legislation. We conclude that the use of the aforementioned system and compliance with the precedent are beneficial when they are in acquiescence with the legal order. Thus, the institution of stare decisis is justified with the instruments that have been preserved in the legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedents, Common law, Civil law, Stare decisis

---

[1] Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus – UNICHRITUS. Graduada em Direito pela Faculdade Luciano Feijão. Endereço Eletrônico: anadeboraadv@hotmail.com

[2] Advogada. Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Endereço Eletrônico: noelle_vidal@hotmail.com

[3] Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Direito pela UFC. Graduada em Direito e Administração pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

Como teve início no direito inglês, a teoria do *stare decisis* é a doutrina conforme a qual as deliberações emitidas pelo tribunal de maior nível de uma autoridade têm índole vinculante para todos os tribunais de hierarquia subordinada concernente à mesma jurisdição.

A estrutura norte-americana da teoria do *stare decisis* tem como base o começo do *Rule of Law* (Estado de Direito). Seu vínculo com a referida lei se confere pela circunstância de que ela assevera que o direito não se transforma de modo inesperado e consente que a coletividade julgue que os princípios fundamentais se encontram instituídos no direito (*law*) ao contrário das tendências das pessoas.

Verifica-se que o princípio do *stare decisis* tem como base o pensamento de que os Tribunais precisariam cumprir seus precedentes específicos. Para Didier Jr. (2009, p.57), "Precedente é a sentença judicial decidida à luz de um evento real, cujo eixo primordial (*ratio decidendi*) é capaz de servir como conduta para a avaliação consecutiva de fatos análogos".

Com fundamento na estrutura criada nos países da *common law*, procurou-se corroborar que o direito brasileiro, na atualidade, vem introduzindo doutrinas e princípios do sistema da *common law*, o qual se fundamenta na lei não escrita, no direito jurisprudencial e nos costumes. Nesse contexto, a civil *law* surge no direito brasileiro e se alicerça na lei positivada e codificada, traçada no modelo legalista, onde o juiz não somente executa a lei, contudo passa a empregar a jurisprudência, assim como a compreensão de concepções abertas na legislação com a finalidade de asseverar mais equilíbrio e garantia jurídica nas deliberações judiciais.

O presente artigo tem como objetivo analisar a inserção do instituto do *stare decisis* nos precedentes judiciais do direito brasileiro.

A metodologia utilizada por esse artigo incorpora a pesquisa e leitura da bibliografia sobre o tema, que inclui livros, dissertações e artigos além de análise documental da legislação brasileira. O trabalho inclui também a pesquisa e leitura da bibliografia sobre o *stare decisis*, que inclui livros, dissertações e artigos. Para cumprir os objetivos propostos, o artigo será dividido em tópicos temáticos.

A seguir, o presente artigo proporcionará uma análise mais sensata a respeito do tema mostrado, conduzindo um conteúdo mais evidente de acordo com as doutrinas dominantes, ancorado igualmente pela legislação atual.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: NOÇÕES GERAIS

No Brasil, os pronunciamentos jurisdicionais têm se tornado cada vez mais relevantes e aplicados nos estudos do Direito e nas mais diversas petições o que acarretou na mudança de comportamento dos profissionais e aplicadores da lei.

Jurisprudências, súmulas, súmulas vinculantes, decisões, dentre outras, acabou gerando um leque de oportunidades que resultou nos precedentes, assim esse não é um tema novo, mas torna-se atual à medida em que o Código de Processo Civil de 2015 inovou abordando o tema em seu corpo legal.

Nesse contexto, Taranto conceitua precedente da seguinte forma:

> Nesse contexto, propõe-se a conceituar precedente judicial como instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição e 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. (TARANTO, 2010, p. 8).

Não devendo ser confundido com caso julgado, tendo em vista que aqui existe apenas a solução de uma lide sem inovar um novo sentido, ao contrário do precedente que, a grosso modo, pode-se afirmar ser o fruto de uma interpretação retirada de uma decisão.

As disposições jurídicas dos países da Europa continental e dos países latino-americanos foram determinadas conforme os padrões da civil *law*, que é o complexo jurídico que tem a norma como princípio fundamental do Direito, sendo ajudado pela jurisprudência, que só o assevera, ao oposto do que acontece nos países de costume anglo-saxão, cujos sistemas jurídicos foram acordados conforme as normas ditadas pela *common law*, que se define consideravelmente pelo emprego dos hábitos como elemento essencial do Direito, manifestando-se na cultura pela sua concordância pretoriana renovada, o que se dá pelo reconhecimento da regularidade dos precedentes.

A *common law* é um complexo jurídico aberto, pois nele é provável achar solução jurídica a um dado fato real de maneira consecutiva, sem obrigação de norma jurídica anterior, pois as leis são criadas continuamente. Já a civil *law* é um complexo fechado, visto que parte do pressuposto de que para cada labuta deve ter uma lei cabível ao gênero (BARBOZA, 2013).

De uma maneira geral, através da história, esses princípios jurídicos a todo o momento foram tidos e contemplados de maneira individualizada, de acordo com a situação geográfica dos países. Vale dizer, nas áreas onde os valores romanos foram muito assimilados pela lei, ou seja, do estatuto colocado pela força do Estado, ao oposto das áreas de cultura bárbara.

No mundo hoje, se pode constatar relevantes modificações no campo dos sistemas do Direito, visto que os complexos jurídicos presentemente estudados se encontram intimamente

relacionados, sendo evidente a ação dos parâmetros da *common law* nas organizações de valores civilista (especialmente com o emprego da imagem dos precedentes), tal como uma onda de normatização pela lei na esfera da *common law*.

Durante séculos, foram divulgadas as concepções de completa segmentação entre as doutrinas civil *law* e *common law*. Embora até os dias de hoje poucos estudiosos tenham entendido que há uma rígida fragmentação entre essas duas tradições, se admite com aqueles que enxerguem uma gradativa fusão de tradições (BUSTAMANTE, 2013).

No direito brasileiro, a força dos precedentes cresceu, principalmente, devido ao fácil acesso às mais diversas decisões dos tribunais do país. Desta forma, nossa legislação não permaneceu protegida a esse procedimento evolutivo, por isso o atual Código de Processo Civil inovou sobre precedentes e jurisprudências, depois de um amplo movimento de tornar menos rígido o modelo da lei. O Brasil adota completamente a essa agregação, o que foi propiciado pelos seguimentos do neoconstitucionalismo, que busca uma maior atuação judicial em favor da materialização dos direitos constitucionais, não mais se aceitando a vivência de programas sem efetivação.

Para Marinoni (2013), o *civil law* atravessou um método de modificação dos pontos de vista do direito e de jurisdição. Se o direito não está mais só na lei, pois resulta da Constituição, a jurisdição passa a ter o encargo de fiscalizar a eficácia da lei a começar dos direitos essenciais.

Nesse contexto, o CPC/2015 alicerça em nosso direito uma movimentação evolutiva principiada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que elaborou os institutos da súmula vinculante e da consequência geral, época em que se passou a revelar em nosso sistema a imagem do precedente judicial, outrora matéria concernente somente aos sistemas de base anglo-saxônica.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Averiguada a gênese histórica dos precedentes, tal como a doutrina que lhe influencia e lhe outorga apoio (*stare decisis doctrine*), compete-nos defini-lo. Nesse contexto, os autores Didier Jr., Oliveira e Braga (2013) ressaltam que o precedente é a sentença judicial decidida a partir de um fato material, cujo cerne serve como conduta para a sentença decorrente de fatos similares vindouros, manifestando a esfera de ocorrência do parecer judicial. No universo semântico brasileiro, lei jurídica é objeto da análise do direito.

Contudo, apesar de todo precedente ser considerado um julgado, devemos ressaltar que não é todo julgado que pode ser considerado um precedente, tendo em vista que o precedente deve estar ligado a sua utilização no futuro daquela decisão. Sobre o tema, colha-se o ensinamento de LOPES FILHO:

> Ademais, somente será precedente quando houver, conforme já adiantado, um ganho hermenêutico, entendi como (1) a obtenção de um novo sentido; (2) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; (3) avanço de sentido não contidos aprioristicamente em um texto legislativos ou constitucional. (LOPES FILHO, 2020, p. 301).

Nessa perspectiva, tem-se a compreensão de que o juiz julga parecer anteriormente dito e certamente relatando que essas deliberações foram mal expressadas, porém tornar-se-á possível, justificando as condições do caso, exibir no trabalho que lhe foi apresentado, um definido componente que não permanecesse ou que não fosse sentenciado no fato precedente e que lhe oportuniza suprimir a disposição estabelecida no precedente, ou no mínimo lhe permite precisá-la, completá-la ou reformulá-la, dando ao caso decisão razoável que o mesmo requer (DAVID, 2006).

A aplicação do precedente aos casos postos em análise busca um relevante empenho de discussão jurídica, cumpre expor, a utilização do precedente, como lei jurídica, busca justificação hermenêutica. O emprego do precedente não pode motivar práxis judicial arbitrária e autoritário, entendimento pelo qual ele deve ser explicado diante da doutrina e da legislação atual no país.

O emprego do precedente evidencia de modo específico a estrutura da alegação jurídica na análise da norma do direito e em sua causa, ou melhor, o precedente é utilizado em sede de estudo doutrinário, ou quando o precedente é orientado no campo da compreensão judicial da norma, sendo o precedente um episódio fundamental e definitivo ao prazo da apreciação e utilização do direito e esse é um caso que acomoda a organização da discussão jurídica (TARUFFO, 2014).

No sentido de melhor compreensão do conceito do precedente judicial, é fundamental pesquisar seus componentes peculiares: a *ratio decidendi* ou *holding* e o *obiter dictum ou dicta*. Neste sentido, pode-se citar pensamento de Juraci Mourão Lopes Filho:

> É possível iniciar essa distinção com uma afirmação simplória que pouco elucida a questão: ratio decidendi é o núcleo vinculante, a parte relevante do julgamento, o qual será aplicado no futuro; já obiter dicta são comentários colaterais que não obrigam os casos futuros. (LOPES FILHO, 2020, p. 180).

A *ratio decidendi* é deliberada pelos princípios jurídicos do parecer e se institui no cerne do precedente judicial. A *ratio decidendi* é utilizada para o juiz arbitrar a ação. Esse entendimento de julgar é auferido pelo recurso de compreensão do fato material e que mostra uma natureza geral, considerando-se que referirá os eventos futuros e parecidos (BUSTAMANTE, 2012).

Desse modo compreende-se o precedente como a fonte do direito apreciado em juízo, visto que, para ele é provável julgar as decisões judiciais como 'regras' de natureza material e os precedentes como uma das categorias de 'procedências' dessas leis (BUSTAMANTE, 2012). Perante essa óptica, os precedentes podem ser detectados nas causas que o juiz se utiliza para considerar estabelecido fato.

A ratio decidendi deve predizer e contrapesar o impacto prático que estabelecido veredicto será capaz de ofertar para o ordenamento jurídico mundialmente julgado, carecendo ter imenso nível de generalização, justificando não somente o que é melhor para o episódio em tela, mas o que se revela mais oportuno enquanto uma regra geral e subjetiva a ser empregada casos similares vindouros (TUCCI, 2004).

Aludido ao contrário o efeito vinculante, no sistema brasileiro, não acontecerá pela aprovação difusa da *ratio decidendi*, que será reconhecida para consequência e inserção do precedente originado das buscas pesquisadas. A vista disso, a legislação brasileira, em específico o CPC/2015 não implanta um sistema de precedentes, mas um sistema de medidas vinculantes por imperativo legal.

Assim, conseguimos identificar os quatro elementos do *Holding* como sendo uma decisão sobre um ponto da lei; deve ser expressa ou implicitamente dada por um juiz; refere-se a uma questão levantada em litígio e necessariamente deve ser uma justificativa para a decisão tomada.

O outro elemento do precedente é o *obiter dictum*, que é definido como o dado secundário que adiciona a *ratio decidendi*, apoiando na sua alegação. O *obiter dictum* não tem natureza vinculante, no entanto pode adequar-se ao componente convincente para o exato entendimento da lei alicerçada pelo precedente.

A definição de *obiter dicta, dictum* está conectada a ideia de *holding*, que é a norma ou lei proferida pelo juiz em um evento estabelecido que seja fundamental para a solução da interrogação. Desse modo, toda e qualquer lei preparada pela Corte que não era primordial para a resolução da questão é julgada *dicta, dictum*. Argumentando que as Cortes são capazes de produzir normas de direito, todavia com a restrição de que elas carecem estar relativas com

os eventos colocados sob cessão, esse comando está delimitado pelas carências dos conflitos que lhe são submetidos para decisão.

Os *obiter dictum*, consequentemente, são as ponderações jurídicas criadas pelo Tribunal não relativas com o fato, ainda que as julgue irrelevante para comprovar o parecer emitido. São manifestações que se desviam do princípio fundamentador da sentença. A começar do instante que dele se retiram, o Tribunal passa a proferir extrajudicialmente e nenhum ponto de vista que seja capaz de ser tida como vinculante (SOUZA, 2014).

O *obtier dictum* também pode ser definido como o acesso do incentivo do arbitramento que envolve alegação periférica ou simples ponto de vista, prescindível para o esclarecimento da negação. O *obiter dicta*, julgado como, não se presta para ser chamado como precedente vinculante em caso parecido, mas pode ser mencionado como justificativa de convencimento (NOGUEIRA, 2011).

Nesse contexto, tem-se que o *obiter dictum* é importante peça do precedente judicial. Não se equivoca com a lei dele originada, mas é o encarregado por seu entendimento, visto que, considera-se o grupo das argumentações que se baseiam na decisão judicial, que é edificada através de conceitos filosóficos, éticos e culturais, que declaram a certeza do julgador, que não deve ficar limitado à regra de direito somente.

São chamadas de *obter dictum* os eventos que não são essenciais, as consequências, as que não são ligadas com os fatos ou as que são coordenadas a um ponto que nenhum dos fragmentos procurou interrogar. Nessas ocorrências constata-se que, independente de prosseguirem sem resultados obrigatórios, essas *obiter dictum* dispõem de forte efeito convincente (MARINONI, 2013).

As pressuposições em relação ao *obiter dictum* no direito brasileiro não conseguem ser ignoradas, embora resultem em provocação ao adequado procedimento legal, caso a fragmentação entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* seja, de fato, desprezada, além de preocupante o insulto ao *due process*, ter-se-ia um montante indefinido de criação de leis jurídicas pelo Judiciário, não obrigatoriamente juntas aos fatos da busca (MACEDO, 2015).

Destaca-se a relevância de estudar definidamente quais seriam esses fundamentos jurídicos de acesso no estimulo da sentença e em que local esses juízos temporários salientam-se como *obiter dictum* e mexem no direito processual brasileiro.

O ponto de vista do *obiter dictum* como pressuposto secundário de acesso não se realça no direito processual brasileiro pelo motivo de habitualmente não ser presente no sistema romano-germânico. Nesse contexto, ao se tratar sobre o precedente, é primordial

compreender todos os elementos de sua constituição, pois é provável, em um dado instante, que o *obiter dictum* seja levado à situação de *ratio decidendi.*

Nesse seguimento, compete salientar que o parecer judicial é uma ação racional e quando a jurisdição é instigada para deliberar um vínculo jurídico de direito vinculante empregará pouca ação intelectiva no parecer e concepção das alegações apontadas pelos fragmentos e para concluir essa atividade precisará seguir um juízo racional expresso com compreensão e coesão.

Vivenciando tais argumentações, pode-se dizer que o *obiter dictum* é retirado do precedente a partir de um modo negativo, vale destacar, que o *obter dictum* é tudo aquilo que não constituir a *ratio decidendi* e o modo especifico será o caráter vinculante.

Para uma maior percepção do tema, fundamental se faz uma resumida contextualização sobre os precedentes judiciais *common law* e do civil *law*.

2.2 AS IDEOLOGIAS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Há um debate entre os doutrinadores brasileiros acerca dos paradigmas/ concepção ideal dos precedentes, quais sejam: normativo ou legislativo, contextualista, sistêmico e não formal ou extralegal.

O paradigma normativo é influenciado pelo direito da Europa Continental baseado no antigo direito romano, nesse ponto o juiz é tratado como um legislador de pequena proporção, ou como bem mencionada SILTALA (2000, p. 78), o aplicador da lei seria o juiz “boca da lei”.

Nesse caso, não há o que se falar em *ratio decidendi* e, sim, em uma correta interpretação da lei. É utilizado um texto normativo segundo a interpretação adotada pelos tribunais superiores, sem a utilização de nenhuma técnica própria, tendo em vista que se está aplicando a legislação e não um julgado (LOPES FILHO, 2020, p. 258).

Nosso país acaba adotando o paradigma normativo, o que deve ser considerado algo falho, tendo em vista que se assim fosse, o aplicador do direito deveria ser considerado algo mecanizado onde não há nenhuma interpretação legislativa e, sim, apenas uma determinação pré-definida.

O segundo paradigma é o contextualista, sendo este decorrente da tradição inglesa, tal ideologia baseia-se no que foi interpretado no passado para guiar as decisões futuras. Tal compreensão deve ser considerada errônea, pois o aplicador da lei apenas deveria realizar

uma reconstrução do passo-a-passo de como ocorreu a decisão passada, para apenas refazer e aplicar no caso novo, sem se preocupar com seu conteúdo.

O terceiro é o paradigma sistêmico criado por Dworkin, onde a corte posterior deve interpretar o jogo hermenêutico do que ocorreu naquela decisão para assim tomar a decisão de aplicá-la ou não no caso futuro. Analisando o tema e apoiador do paradigma sistêmico, discorre Juraci Mourão Lopes Filho:

> Toma como parâmetro de magistrado a conhecida figura do juiz Hércules: indivíduo de amplos conhecimentos teóricos, com super-habilidades para discernir o significado latente e estrutural do direito que suporta e se manifesta no precedente. Em vez de se ocupar com o que foi dito ou feito, propõe uma análise sistêmica do assunto, rompendo com o subjetivismo marcante no paradigma normativo e resistente no contextualista. (LOPES FILHO, 2020, p. 275).

Assim o paradigma ideal seria o paradigma sistêmico que "busca uma integridade dos elementos subjacentes do precedente que guiaram sua formação, compatibilizando-o com a nova resposta a ser dada na aplicação." (LOPES FILHO, 2020, p. 274).

2.3 CONTEXTUALIZANDO OS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O sistema *common law* é um termo utilizado para agregar os sistemas jurídicos de determinados países como pode-se citar a Inglaterra e demais que a acompanharam, como os Estados Unidos, em uma categoria ou princípios jurídicos, peculiaridades específicas e habituais em comparação aos princípios jurídicos do *civil law* (SOUZA, 2008).

A *common law* não pode ser explicada somente como sistema jurídico originário do Direito Anglo-Americano, mas o fato de esses ordenamentos serem formados pelos precedentes judiciais, isto é, a jurisprudência dos tribunais anglo-americanos.

Na *Common Law*, o Direito é originado e aprimorado pelos tribunais e operadores do Direito, em um *motu continuo et próprio*, através da importância dos pareceres julgados pelos tribunais para o cumprimento em episódios que se propõem ao Judiciário, visto que, caso não exista um precedente a ser julgado, os magistrados impedem privilégio e independência de definir um precedente, concebendo, deste modo, uma expressão sobre o Direito, mencionando-o.

Neste contexto, considera-se equivocado acreditar que na *Common Law* não existem leis comprovadas e catalogadas, o que acontece é que elas não formam o momento a ser apontado, sendo que existe o que pode ser denominado de maior flexibilidade explicativa, onde as normas são adequadas aos episódios apresentados e às causas obtidas pelos operadores do Direito e pelas partes, por meio da discussão, o debate e as teses preparadas por advogados, promotores, jurisconsultos e magistrados (NOGUEIRA, 2013). Observa-se neste complexo jurídico que os

costumes atuais na sociedade se tornaram um apoio desta, e, por conseguinte, se tornaram padrões de procedimentos, e, como resultado, leis, cuja finalidade não se vê apenas associada à sua positivação.

Em consequência desta configuração de Direito, especialmente designada *Civil Law*, que dispõe de um sistema jurídico baseado em leis escritas e codificadas, que abrangem de modo geral e genérico os episódios específicos cuja peculiaridade fundamental, além de ter como alicerce a conduta escrita, é mostrar uma quantidade amplamente maior de leis positivadas, em paralelo com o *Common Law*. Os operadores do Direito, ao se encontrarem com uma situação concreta, podem e devem apelar às leis cifradas, investigando a que mais se adaptar, para que esta seja empregada, sendo que as concepções do Direito, neste sistema, são itens provindos da lei, com a finalidade de garantir um direito subjetivo.

O Civil *Law* possui sua origem no modo como se apresenta nos dias de hoje nos ordenamentos jurídicos das nações, sob os presságios do padrão jurídico do Estado Liberal, apoiado pelo surgimento dos ideais desferidos pela Revolução Francesa, colocada como consequência pela burguesia no ano de 1789, e que se aplicou ao absolutismo e deu origem ao chamado constitucionalismo (BRITO; OLIVEIRA, 2008). Por ocasião do momento histórico em que se encontrava a sociedade, esta pretendia, principalmente, impedir o absolutismo, reduzindo o poder estatal. Sobreveio à urgência de se estabelecer um preceito jurídico onde as regras legais fossem imobilizadas de maneira incontestável e onde a hermenêutica comentada do texto legal não fosse capaz de distorcê-lo, em conformidade com uma arbitrariedade política e/ou jurídica se determinasse à sociedade.

Assim sendo, o sistema jurídico do civil *law* destaca-se pelo episódio de as leis serem a pedra primal da coincidência e da autonomia, posto que ambicione impedir o juiz de promover observação sobre o caráter da lei, proporcionando, para isto, o que se julgava uma legislação compreensível e global, na qual, ao magistrado, competiria somente julgar o enquadramento da lei, decidindo, desse modo, os litígios, tendo em vista uma necessidade urgente de se ampliar ou delimitar a obtenção da lei, e sem que haja a inexistência ou divergência de leis.

Nessa circunstância, o juiz estando vinculado ao prescrito na lei, se conseguiria a segurança jurídica, tornando este um componente imprescindível às sentenças judiciais. Dessa maneira, a decisão prescindiria na mesma norma que atenua a competência na compreensão do juiz, de maneira que esta não beneficiasse a uma das partes e desvalorizasse a outra.

Nesse contexto, o sistema da Civil *Law* não só imaginou de maneira criativa que o magistrado somente atuaria na decisão da norma, como acreditou que o sujeito seria possuidor

de segurança jurídica e probabilidade no tocante aos vínculos sociais, proveniente da segurança de ter o juiz togado como simples aplicador subalterno das leis positivadas e codificadas.

Lourenço (2011) ressalta que a principal diferença entre ambos os sistemas é que no civil *law* tem um direito escrito, onde a jurisdição é formada predominantemente com o intuito de atuar no direito objetivo. Nesse sistema o juiz é considerado norma (Montesquieu), para explicar a definição de que seu poder provém da lei, desempenhando, por isso, uma submissão sobre os juízes, igualmente os juízes inferiores são duramente ponderados pelos juízes superiores, para tornarem-se seguidores a essa tarefa de ser dispositivo de efetivação da lei. Na civil *law* predomina o desejo absoluto de justiça do Estado.

A medida que no complexo do common *law* assume-se um direito regular, empregado pela jurisprudência, onde, no protótipo de justiça, se considera o ponto de vista da pacificação dos litigantes. Na civil law busca-se segurança jurídica, ao passo que na common *law* a conciliação entre as partes, a harmonia e a concordância são os propósitos diretos nessa conciliação das partes distinguindo se é a norma ou outro método, contanto que seja apropriado ao evento efetivo, pois é relevante pacificar as partes (LOURENÇO, 2011).

2.4 O SISTEMA DO *STARE DECISIS* BRASILEIRO

Tratou-se no item anterior sobre a *common law* e a civil *law*, tal como a base fundamental da concepção dos precedentes judiciais mais exatamente no *stare decisis*, doutrina principal para a temática aqui proposta, visto que se concerne ao fato vinculante do precedente, que é responsabilidade do desejo de segurança jurídica, uma vez que essa doutrina que impossibilita a balbúrdia judicial, dado que institui as entidades jurisdicionais a incumbência de cumprimento dos pareceres precedentes pronunciados em casos semelhantes.

O sistema do *stare decisis*, empregado há anos pelos países da *common* law, procuram sua definição no conhecido pensamento *stare decisis et non quieta movere* que significa dizer "aquilo que foi decidido deve ser respeitado". Nessa circunstância, necessitam confirmar a credibilidade e o equilíbrio do precedente, e, incluindo, os apropriados membros da Corte que o constituíram devem considerá-lo (MIRANDA, 2006).

É importante apontar que a doutrina do *stare decisis* é uma concepção teórica especificamente relativa às normas judiciais adeptas da prática da *common law*. A conexão é exata, visto que tais doutrinas jurídicas compõem-se da deferência à vigência vinculante dos precedentes judiciais. Todavia, tal certificação não pode acompanhar a equivocação de se julgar que o desempenho da *common law* resulta plenamente do *stare decisis*. Na realidade, a

investigação histórica indica que a prática da *common law* é bem preliminar à teoria dos precedentes (MARINONI, 2013).

O sistema de *stare decisis* vertical foi instituído no Novo Código Civil no dia 18 de março de 2015, sua operacionalização passou a exigir dos juristas brasileiros uma nova percepção sobre o fato jurídico. Habituados a contemplar o direito em cláusulas de lei, antes progressivamente em conformidade com o direito brasileiro, sua raiz é romano-germânica, com o padrão anglo-saxão estabelece-se de vez com a pescrita utilização dos precedentes superiores pelos representantes judiciários.

Subtendido aos bens do fato jurídico, que autoriza um mesmo direito ser analisado, baseado e utilizado nas mais inúmeras maneiras em cada situação estatal, seria provável avistar um complexo composto de normas próprias para a compreensão, a concordância e a execução do direito no fato concreto.

A diferença entre a *civil law* e a *common law*, condizem aos dois fundamentais padrões jurídicos reais. Independente da complicação do fato jurídico e, por mais controversos que sejam os seus padrões, é uma diferenciação didaticamente benéfico à percepção das famílias do direito por mostrar seus pontos de vista, qualidades e compreensões, todas altamente ligadas às condições que apontaram seu aparecimento e progresso (ALMEIDA, 2012).

Em decorrência de uma disposição jurídica de sustentação jurisprudencial, a resolução da união junto a *stare decisis*, apareceu como consequência natural da escassez, na época da composição da *common law*, de um registro de normas de fundo do direito inglês. A predileção histórica da coroa britânica por provir leis jurídicas de processo, abandonando os Tribunais Reais ou ao da Chanceleria a incumbência de enunciar o direito em primeiro nível, foi definitiva para que, com o transcorrer do tempo e o progresso dos princípios democráticos, os desejos por garantia jurídica e por uma maior probabilidade da atuação jurisdicional levassem a uma análise cada vez mais preparada aos precedentes judiciais, o que alcançou com a estabilização, na segunda metade do século XIX, da lei do precedente inteiramente ligado, com eficiência horizontal (BUSTAMANTE, 2013).

Nesse seguimento, pode-se mencionar a percepção de Marinoni (2013, p. 87) sobre o *stare decisis*:

> Sob a doutrina do *stare decisis*, uma Corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que membros da Corte tenham mudado, ou ainda que os mesmos membros tenham mudado de ideia. Tanto quanto o precedente vertical, o *stare decisis* – precedente horizontal – trata de seguir as decisões de outros.

Dessa maneira, pode-se salientar que a fundamental particularidade da doutrina é a determinação, uma vez que, por esse motivo, o precedente expõe fato vinculante, ou seja, é obrigatória, de maneira que a ação judicial não pode se desviar do que foi acordado antes.

O fundamento desta teoria impõe os juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogos. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma Corte de hierarquia superior (TUCCI, 2010).

Através do direito da compulsoriedade, é provável enunciar que o precedente incumbe-se da eficiência estatutária e é neste ponto que se encontra o obstáculo sempre que existe a locomoção dessa norma para o mundo *civil law*, no qual a norma é artigo quase específico da atuação intransigente, cuja consequência é a doutrina da legalidade.

Contudo, de acordo com a concepção predominante hoje esse é uma dificuldade visível. Contrário a esse princípio usualmente, o *stare decisis* é a saída para o obstáculo efetivo da escassez de segurança jurídica proveniente do agravamento do princípio da legalidade, específico do *civil law*, que, em períodos de especificação das causas jurídicas, não condiz mais ao interesse de justiça, visto que ele consente o convívio de elucidações jurídicas diferentes em casos parecidos e isso é provável porque, sendo a norma um princípio genérico e imaterial, sua realização busca a compreensão para adequá-la à especificidade do caso característico e, sendo essa análise realizada por inúmeros tradutores, a chance de erro é grande.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após conclusão do presente artigo, constatou-se que o sistema do *stare decisis*, proveniente do *common law*, comprova toda sua potência no transcorrer do período, na sua inclusão gradual dentro do civil *law*. É evidente que o sistema do *stare decisis* está progressivamente se posicionando na estrutura jurídica brasileira. Imaginavam-se poucas características desse sistema no Código de Processo Civil de 1973 e suas variações decorrentes, particularmente por causa da certificação que os autos civis experimentaram perante a célebre Constituição Cidadã de 1988.

A compreensão do *stare decisis* não é integral, visto que na estrutura anglo-saxônica não é comum o parecer que tem a especificidade vinculante. Ao estudarem sobre um fato, as

cortes precisam indagar sobre a ação do precedente, que pode ter natureza obrigatório/vinculante (*binding* ou *constraining*) ou somente persuasivo ou simplesmente argumentativo (*persuasive* ou *advisory*).

Desse modo, nesse tipo de doutrina, o emprego de um determinado precedente não acontece de maneira desregrada ou involuntária, sem a adequada consideração jurídica. De modo inverso, o juiz deve ter prudência absoluta para decidir com discernimento antes de julgar o caso. Carecerá ao juiz aferir com o corpo de precedentes, pesquisando sua relevância, jamais, como norma, ir em oposição ao direito legislado.

A salvaguarda jurídica e a rapidez nos pareceres dos processos permitirão o atual Código de Processo Civil socorrer nas fundamentais solicitações dos jurisdicionados. Consentirá ainda maior semelhança das resoluções de processos similares e a inserção de dispositivos que admitem e efetivem os precedentes judiciais.

Em resumo, a utilização da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro e o cumprimento ao precedente judicial mostram-se benéficos quando estes se acham em aquiescência com a ordenação jurídica atual. Trata-se de uma chance ímpar da sociedade jurídica brasileira envolver esse sistema e o novo CPC, modificando o Direito Processual Civil em expressão de obediência à segurança jurídica, à igualdade dos jurisdicionados, à rapidez processual e à primazia na comprovação das decisões judiciais.

Assim como foi tratado nesse artigo será justificável a instituição do *stare decisis* com os instrumentos que se conservaram no atual CPC, mas especialmente, com o empenho doutrinário e jurisprudencial no intuito de dar potência e voz ao precedente judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, vol. 922, ago. 2012.

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Stare decisis, integridade e segurança juridical: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do common law e civil law. **Espaço Jurídico Journal Of Law (EJJL),** v.14, n.2, 2013.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos. **Revista Eletrônica Intertemas**, v. 13, 2008. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2616/2405> Acesso em: 27 Dez. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. Ed. rer. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. **Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil.** vol.1. n.6. Dezembro de 2011. Disponível em: http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc. Acesso em: 28 Dez. 2020.

MACEDO, Lucas Buril. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Precedente/coordenadores, Fredie Didier Jr. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 3, Precedentes, ed. , Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Tássia Baia. ***Stare decisis* e a aplicação do precedente no sistema norte-americano.** 2006. 54 ff. Monografia (Conclusão do curso) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Belém.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito brasileiro e comparado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013.

SILTALA, Raimon. **A Theory of the precedent**- from analytical positivismo to a post-analytical Philosophy of law. Oxford: Portland, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro**: Colônia e Império. 2014.196f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Bahia, Salvador. 2014.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**: Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo.** São Paulo: Lex, 2010.