

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil brasileiro revela, de forma inequívoca, que o ordenamento jurídico brasileiro, pautado precipuamente no sistema do *civil law*, cada vez mais se aproxima do sistema do *common law*, e concede um papel de relevo à força dos precedentes em sede de controle difuso e concreto de constitucionalidade, visando a uniformidade da jurisprudência pátria, a celeridade processual, e a segurança jurídica para os jurisdicionados.

O Brasil é um país que adota, tradicionalmente, o Direito legislado (*civil law*), baseado em normas escritas oriundas do Poder Legislativo, todavia, é inegável que sempre foi sombreado pelo Direito judicialista (*common law*), mormente por ser uma exigência própria do controle de constitucionalidade, que visa assegurar o respeito à Constituição através do Poder Judiciário. Afinal de contas, a premissa fundamental de qualquer sistema de controle de constitucionalidade é a possibilidade de afastamento de uma lei tida como inconstitucional e a prevalência da decisão judicial que a afasta. E com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, esse sombreado do *common law* no Direito brasileiro se torna mais sólido e robusto, assumindo um papel de protagonismo juntamente com o sistema do *civil law*.

Nesta seara, o presente texto visa demonstrar a perfeita simbiose existente na relação entre o *civil law* e o *common law* no Brasil e essa dualidade de sistemas se mostra patente no novo Código de Processo Civil, representando um modelo avançado e aperfeiçoado de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Se, de um lado, a existência de um arranjo de leis e demais atos normativos expedidos pelo legislativo (com fundamento na Constituição Federal), se faz necessária para organizar o Estado e a sociedade e para dar ciência prévia aos cidadãos quanto aos seus direitos e obrigações, por outro lado, e com o objetivo de assegurar o respeito da Constituição pelo legislador, o judiciário se vê dotado de um poder-dever de defender a Constituição, através da prevalência de seus julgados sobre os atos normativos do poder legislativo quando estes se mostrarem contrários às normas constitucionais.

Ainda, neste contexto, juntamente com a doutrina do *stare decisis*, a transcendência dos motivos determinantes se mostra como outro instrumento, igualmente destacado pelo novo CPC, que surge para enfatizar a aproximação com o sistema do *common law* no Brasil através da força normativa dos precedentes e para aprimorar o controle de constitucionalidade, tanto em sede de controle difuso quanto concentrado.

Assim, a partir da análise do *stare decisis* e da transcendência dos motivos determinante sob a ótica do novo CPC brasileiro, visa o presente texto compreender os novos traçados do

controle de constitucionalidade, num ordenamento jurídico em que o legislador processual demonstra a sua intenção inequívoca de abraçar ambos sistemas do *common law* e do *civil law*. Sem dúvida, os avanços no controle de constitucionalidade trazidos pelo novo CPC representam nada mais do que um caminho natural e inevitável que um dia haveria de ser percorrido, diante da necessidade de dotar as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade de maior importância e efetividade, na busca de uma justiça mais célere e eficaz.

1. A TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW* NO BRASIL E O PRIMADO DA LEI

O Brasil é um país que adota, tradicionalmente, o modelo jurídico do *civil law*, que tem origem no Direito Romano e foi posteriormente consagrado na Revolução Francesa. Essa notória filiação do Brasil à escola do *civil law* revela o primado da lei, considerada como fonte primária do ordenamento jurídico. É com base nas normas editadas pelo Congresso Nacional que o cidadão e o próprio Estado devem pautar as suas condutas. Nesse diapasão, lecionam Antoine Garapon e Ioannis Papapoulos (2008, p.33):

Nos sistemas de direito romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em um conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, um guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora. Aliás, somente a lei constitui o direito, do qual os juízes são apenas os porta-vozes.

E a Constituição Federal deixa evidente o caráter legalista do ordenamento jurídico brasileiro ao dispor em seu artigo 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa previsão normativa constitucional visa proteger o indivíduo em face da atuação ou omissão estatal, concedendo segurança jurídica e certeza do direito, assegurando-se, assim, que todos tenham conhecimento prévio acerca dos seus direitos e deveres. Dessarte, na esfera judicial, os juízes devem se limitar a aplicar a lei tal qual desenvolvida pelo legislador, não havendo que se falar em poder criador do direito pelo juiz.

Ainda, importante frisar, para a compreensão de como se alcançou a atual formatação do modelo jurídico brasileiro, que no sistema do *civil law*, existe uma hierarquização das normas legais, na qual a Constituição se coloca como norma hierarquicamente superior às demais

normas, servindo como fundamento de validade das mesmas, nos moldes da pirâmide normativa de Hans Kelsen. Em seu livro “Teoria Pura do Direito”, pondera (Kelsen, 1999, p.155) que “[...] dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”. A Constituição, na condição de fundamento último de validade de todas as normas jurídicas produzidas num ordenamento, deve ser dotada de força normativa e ter os seus preceitos observados.

Todavia, o sistema do *civil law*, com o seu primado pela lei, e com o seu escalonamento hierárquico de normas escritas, no qual a Constituição Federal está situada no topo da pirâmide normativa, não funciona por si só, quando não se tem mecanismos eficazes de assegurar o cumprimento das normas jurídicas, sobretudo a observância da Constituição. E mais, o direito representa um universo dinâmico e em constante mutação, sempre se reinventando devido a uma natural exigência da sociedade, cujos valores e princípios modificam-se no tempo e no espaço. Portanto, essa segurança jurídica preconizada pelo *civil law* não se mostra tão seguro assim. Observa Gustavo Nogueira (2013, p.41) que “o sistema codificado, onde os códigos representam um ‘monumento legislativo’, traz uma (falsa) impressão de que esses monumentos possuem a resposta para todos os tipos de problemas que uma sociedade pode experimentar”.

Constata-se, portanto, a insuficiência do sistema puro do *civil law*, em razão da impossibilidade de a lei prever todas as situações jurídicas que possam ocorrer no cotidiano, aliada ao fato de que ela acaba sendo interpretada de formas diversas pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário, ocasionando, assim, uma insegurança jurídica. É certo que existe a figura do precedente judicial mesmo no *civil law*, mas neste caso, serve apenas para orientar a interpretação de uma lei, sem possuir caráter mandamental.

Ainda, não há de se olvidar que a lei deixa de ser o epicentro do ordenamento jurídico a partir do movimento do constitucionalismo que reclama, sobretudo, por uma Constituição escrita e rígida, que seja formal e materialmente superior às demais normas. Essa inserção de uma Constituição escrita dentro do sistema pressupõe um controle de constitucionalidade para assegurar a eficácia e a superioridade normativa da Constituição. E, diante de tais razões é que institutos tipicamente do sistema do *common law* começaram a surgir no Brasil e a jurisprudência passou a ser valorizada em detrimento da lei, na busca da tão almejada segurança jurídica. Chega-se à conclusão de que a lei é necessária para disciplinar a vida

cotidiana, todavia, por si só não basta pois, muitas vezes, ela é injusta, insuficiente, obscura, interpretada de formas diversas, mal aplicada, desrespeitada e, por isso que surge o juiz na condição de guardião do ordenamento jurídico, principalmente em relação à lei fundamental do país.

Diante desse cenário, é natural e inevitável esse processo de aproximação do *civil law* com o *common law* no Brasil, na medida em que o Poder Judiciário vem exercendo um papel cada vez mais relevante na condição de guardião da Constituição e defensor dos direitos e garantias fundamentais tanto no âmbito do controle concentrado quanto no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Assim, há muito tempo foi abandonado o dogma legalista tradicional, sendo incabível o aprisionamento do Direito pela lei, em razão da consciência do próprio legislador de que cabe ao Poder Judiciário a revisão e a eventual adequação ou declaração de nulidade de uma lei quando esta se mostrar incompatível com a Constituição Federal. Aliás, conforme leciona André Ramos Tavares (2012, p.48), a força dos precedentes em países como o Brasil, que tem como base o Direito legislado:

“[...] não é fruto de uma longa tradição, mas, sim, de normas constitucionais e/ou legais que o criam, pensadas a cada momento, com forte variação conforme as necessidades históricas da sociedade e o nível de discussão e aprimoramento acerca do papel político da Justiça Constitucional e do sentido de Estado Constitucional de Direito”.

Se observa, dessarte, que é o próprio sistema do *civil law*, por meio do poder legislativo, composto por representantes do povo, que abre o ordenamento jurídico brasileiro para o ingresso do sistema do *common law*. Portanto, é o próprio Direito legislado que legitima o Direito judicialista, não havendo que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes.

O Brasil permite cada vez mais uma aproximação do *common law* com o *civil law*, visando um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, em que ambos modelos de sistema atuam conjuntamente, visando cada um suprir as deficiências do outro. Nesta perspectiva, vale trazer à baila as lições de Luiz Guilherme Marinoni (2012, p.4):

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano.

E este aparenta ser um caminho natural para todos aqueles países que seguem o modelo tradicional do *civil law* e que possuem um sistema de controle de constitucionalidade com o fito de assegurar a eficácia da Constituição Federal.

2. BREVE RECAPITULAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW

Antes de avançar na abordagem do incremento do uso de precedentes no direito brasileiro, cabe recordar que a evolução histórica da Europa pós-romana resultou no surgimento de dois sistemas jurídicos de mesma raiz cultural, mas de estruturas diferentes, o *civil law*, predominante na Europa continental e que se expandiu sobretudo para o Brasil e demais antigas colônias ibero americanas, e o *common law*, desenvolvido na peculiar história insular da Grã Bretanha, que foi aproveitado nos Estados Unidos da América e outras colônias de matriz inglesa.

Os dois sistemas se constituem legítima expressão da mesma tradição legal ocidental (Glendon, 1994, p. 17), mas se diferenciam pelas suas características.

No *civil law* predomina a valorização do processo legislativo, o uso constante de códigos, a separação conceitual entre direito público e direito privado, processamento e jurisdição mais unificada, e diálogo entre a doutrina e a jurisprudência.

No *common law* predomina o direito produzido pelos juízes, uso subalterno de códigos, separação prática entre direito público e direito privado, processamento e jurisdições mais especializadas, e maior valorização da lei local. Cabe ainda registrar que o *common law* funciona nos EUA somente no direito dos estados, embora de conteúdos bastante assemelhados (Séroussi, 2001, p. 89) enquanto que o direito federal se fundamenta sobretudo em legislação (*statute law*).

Destaque-se ainda a concorrência presente na Inglaterra entre o *common law* e a *equity*, constituindo-se esta última por composição de instrumentos processuais - *writs* - desenvolvidos na peculiar história jurídica inglesa para moderação compensatória dos rigores do *common law* em favor dos direitos do cidadão (Zitscher, 1999, p. 131).

Apesar dessas diferenças, no que diz respeito ao direito processual, os dois sistemas funcionam de modo mais semelhante do que diferente, quando assumem ambos natureza não inquisitória (Capelletti, 2001, p. 34), malgrado discordem juristas anglos saxões.

Em regra, a principal diferença técnica na aplicação do direito nos sistemas *civil law* e *common law*, consiste justamente na ênfase no direito produzido pelos juízes e tribunais, ou seja, preferência da fonte jurisprudencial como denominada no *civil law*, e que resulta no uso

constante e compulsório de precedentes jurisdicionais, que ora se alarga no Brasil, sobretudo por razões locais, a exemplo da abundância de processos e casos repetitivos.

Há de registrar, porém, que mesmo nos sistemas de direito anglo saxão, a aplicação de precedentes - *stare decisis* - está sujeita ao juízo de compulsoriedade, uma vez que cabe diferenciar os precedentes imperativos - *binding precedent* -, de aplicação obrigatória, e os precedentes relativos - *persuasive precedent* -, de aplicação facultativa.

Os precedentes imperativos são aqueles oriundos de tribunais superiores ou do próprio tribunal que julga uma determinada causa, e, nos EUA, o respeito pelos tribunais estaduais das decisões de tribunais federais (Séroussi, 2001, p. 110), enquanto que os precedentes relativos consistem em julgamentos de outros tribunais equivalentes ou inferiores àquele que julga uma causa.

Por sua vez, a técnica de aplicação de um precedente imperativo - *binding precedent* - demanda o exame preambular do julgador sobre o precedente a aproveitar, no intuito de selecionar a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento que induz o resultado decisivo do julgamento, destacado da - *obiter dictum* -, que consiste nos relatos e argumentos analíticos que constam do aparato descritivo do precedente em exame.

Em seguida, o julgador aplica a técnica do - *distinguishing* - pela qual verifica se existe semelhança entre os fatos do precedente judicial anterior e os fatos do caso que aprecia (Zitscher, 1999, p. 80), bem como se os fundamentos decisórios - *ratio decidendi* - do precedente anterior se aplicam ao caso a julgar, e se a relação entre o fundamento e a decisão é adequada à situação litigada.

3. A APROXIMAÇÃO DO *COMMON LAW* COM O *CIVIL LAW* NO BRASIL

A tradição do *civil law* no Brasil continua a vigorar atualmente, todavia, com nuances do *common law*, sistema jurídico utilizado por países de origem anglo-saxônicas por meio do qual a formação do direito tem por base as decisões dos juízes e tribunais, ao invés das leis codificadas.

O *common law* tem origem no direito inglês e é baseado precipuamente na tradição do direito costumeiro. Tem como fonte primária os costumes firmados pelos precedentes advindos dos tribunais. Os países que adotam o *common law* também possuem leis escritas, todavia, se concede primazia aos precedentes judiciais e, portanto, diante do confronto entre uma lei e um

precedente judicial, prevalece, este último. Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p.54):

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.

Mas, mesmo com a ausência da primazia da lei, é possível afirmar que o *common law* também possui a finalidade de dotar o sistema de segurança jurídica através dos precedentes. O precedente judicial não se confunde com a coisa julgada. Enquanto que esta última tem efeito somente para o caso concreto, o precedente judicial é aquela decisão advinda de um caso concreto, mas cujos efeitos vão além do caso concreto, vinculando os demais juízes nas causas idênticas ou semelhantes. Logo, percebe-se que o precedente é firmado a partir da *ratio decidendi* do julgado, isto é, os fundamentos da decisão, que deverão ser utilizados nas causas idênticas ou semelhantes. E, assim, se verifica uma uniformização dos julgados, assegurando aos jurisdicionados de que não existirão decisões diversas para situações idênticas ou semelhantes. Aqui, é inclusive possível se arriscar em afirmar que, em muitos casos, a segurança jurídica se mostra mais presente no *common law* do que no *civil law*, uma vez que neste último há um alto grau de risco de coexistirem julgados distintos para casos idênticos ou semelhantes.

Essa supervalorização das decisões judiciais na forma de precedentes no sistema do *common law*, em detrimento das leis, é pontuada perspicazmente por Sérgio Gilberto Porto (2016, p.8), ao aduzir que:

Como se pode perceber, a ideia de prestigiamento superlativo das decisões jurisdicionais é da essência da *common law*, em face do direito, nesta família jurídica, se formar preferencialmente com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato. Express]ao maiúscula de que o direito neste sistema tem por fonte primordial a experiência está no prestígio adquirido pelo precedente jurisdicional, a ponto deste autorizar vinculação a casos futuros ou seja, os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido em determinada e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada. Há, pois, na *common law*, raízes profundamente pragmáticas e desvinculadas de qualquer compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese.

No Brasil, se percebe um movimento cada vez maior de aproximação do *civil law* com o *common law*. Essa tendência muito se deve ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade, que impulsionou a força normativa dos precedentes. E, de acordo com Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2016, p. 19), “o controle de constitucionalidade é

imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mediante a fiscalização dos atos dos demais poderes”. E mais, nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p.132-133):

Força normativa da constituição é a energia vital que lhe confere efetividade ou eficácia social. Consigna um dos princípios reitores da ordem jurídica. Relaciona-se com a supremacia constitucional e não se encontra expressa no texto maior. É, portanto, um vetor implícito, dessumido da lógica do sistema.

Por seu intermédio, as normas supremas do Estado se concretizam, regulando, no plano da vida, as relações sociais, políticas e econômicas de acordo com o amadurecimento da *consciência constitucional*.

O controle de constitucionalidade surgiu no movimento do constitucionalismo moderno e tem como premissa básica e fundamental a existência de uma Constituição, esta considerada como a lei fundamental de um país, escrita, rígida, e hierarquicamente superior a todas as demais leis internas. A propósito, Dirley da Cunha Junior (2016, p. 27-28) assevera que:

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.

Contudo, não basta conceder força normativa à Constituição e nem declarar a sua superioridade hierárquica pois, a par disso, o controle de constitucionalidade pressupõe a existência de um órgão estatal que assegure essa normatividade hierárquica da Constituição.

Eis a lição de Dirley da Cunha Junior (2016, p. 33) citado linhas acima:

Mas essa supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, manter a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional.

Como no Brasil, compete sobretudo, mas não limitado, ao Supremo Tribunal Federal, órgão essencialmente jurídico, a competência para análise do controle de constitucionalidade, traz-se à baila a discussão acerca do velho princípio democrático da separação dos poderes. É clarividente a distinção do equilíbrio da separação dos poderes nos sistemas dos *civil law* e do *common law*. No sistema do *civil law* tem-se uma prevalência do poder legislativo sobre os demais poderes, afinal de contas, somente aquele possui a função de criação do direito, limitando-se os poderes judiciário e executivo a agir em consonância com as leis e a aplicá-las, sendo o juiz considerado apenas a “boca da lei” (*bouche de la loi*). Já no sistema do

common law, em razão da força normativa dos precedentes, considerados como fonte primária do direito, o poder judiciário é alçado ao papel de protagonista, dotado da função de criar o direito. Bem se vê que o sistema puro do *civil law* traz um desequilíbrio ao princípio da separação dos poderes ao conceder primazia ao poder legislativo sobre os demais poderes e, por sua vez, no sistema do *common law*, têm-se juízes na condição de legisladores, que também não é desejável num Estado democrático. É certo que jamais existirá um equilíbrio perfeito na separação de poderes, mas a aproximação do *civil law* com o *common law* caminha para um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, no qual os legisladores se mostram livres para legislar e suas leis são válidas e eficazes, porém, os juízes se colocam na condição de fiscalizadores do produto legislativo. E esta função de fiscalização das leis se torna essencial no controle de constitucionalidade, vez que se busca resguardar a supremacia e a efetividade da Constituição.

Conforme já frisado linhas acima, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi dotado de competência para resguardar a Constituição na condição de guardião supremo da Constituição. E aqui vale a transcrição da lição de Teori Zavascki (2009, p.15) ao afirmar que:

É inegável, todavia, que o STF tem papel de destaque na jurisdição constitucional. A ele compete 'precipuamente, a guarda da Constituição', diz o art. 102 da Carta Magna. Foi assim desde a sua criação, em 1890, quando inauguradas nossas instituições republicanas. Desde então, embora tenha variado nas Constituições o elenco das competências do STF (denominado de Suprema Corte pela Carta de 1934), em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva nas questões.

Entretanto, esta competência de guardar a Constituição não é restrita ao STF, competindo aos demais juízes e tribunais a função de observar e defender a Constituição no julgamento do caso em concreto. Nesse diapasão, esses juízes e tribunais detêm a competência e o dever de analisar a constitucionalidade de uma lei diante de um caso concreto que, no qual a declaração de constitucionalidade se constitui como fundamento para decidir favoravelmente ou não ao autor da ação. Já ao STF compete analisar, em abstrato, a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, na qual a declaração da constitucionalidade ou não de uma norma infraconstitucional é o próprio pedido da ação. Todavia, a par disso, o STF também pode exercer o seu controle de constitucionalidade diante de um caso concreto, através do exame do recurso ordinário, funcionando como tribunal recursal de terceira instância.

Em linhas gerais e sucintas, esse é o panorama do controle de constitucionalidade que se observa no Brasil, exigindo uma atuação cada vez mais contundente por parte do Poder Judiciário, diante de uma omissão legislativa ou diante de uma violação por parte do

legislador ordinário em relação aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Diante desse cenário, é possível entender o percurso natural do constitucionalismo brasileiro que aproximou o *civil law* do *common law*, através da valorização da força dos precedentes, visando uma maior segurança jurídica e uniformidade das decisões judiciais. Além disso, a aplicação dos precedentes se justifica na medida em que torna efetivo o princípio da celeridade processual, concedendo uma maior otimização de tempo aos juízes e jurisdicionados, já que se torna desnecessário o exame de casos idênticos ou semelhantes já anteriormente decididos.

4. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Inicialmente, importa frisar que os julgados advindos de juízes e tribunais brasileiros sempre ocuparam um espaço de destaque no ordenamento jurídico, sobretudo aqueles advindos dos tribunais de última instância. A Constituição Federal de 1988, ao trazer para o ordenamento um sistema avançado de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, e atribuir eficácia *erga omnes* aos julgados do Supremo Tribunal Federal, por si só, já traz um esboço sobre a importância dos precedentes.

Já no contexto do exame judicial dos casos concretos, não se falava em precedentes, mas sim, em coisa julgada, vez que a decisão apenas vinculava as partes no processo e produzia efeitos somente em relação a elas. E esta decisão que produzia coisa julgada servia somente de orientação para casos posteriores e funcionava principalmente como argumento de autoridade para fundamentar outras ações posteriores em que se adota o mesmo entendimento daquele contido na coisa julgada.

Com o passar do tempo, se percebeu que a ausência de mecanismos para fins de uniformização da jurisprudência estava produzindo e continua a produzir uma esquizofrenia no seio da sociedade, pois diante de duas situações semelhantes ou idênticas submetidas à apreciação do judiciário, são apresentadas duas decisões judiciais distintas por juízes distintos. Afinal de contas, com fundamento no princípio da livre convicção motivada, o juiz pode elaborar a sentença de acordo com a sua consciência, desde que de forma fundamentada. E essa situação abre a possibilidade de ter diversas decisões com visões e entendimentos totalmente divergentes entre si, ocasionando grave insegurança jurídica, levando os jurisdicionados a questionar a desigualdade entre as decisões, e convertendo o poder

judiciário numa casa de loteria, pois a depender de qual juízo a ação é distribuída, o autor tem maior ou menor chance de ganhar a causa. Nesse contexto, é que surge o instituto dos precedentes, que não apenas se traduz em decisões judiciais que produzem coisa julgada, mas sim, em decisões judiciais que, além de produzir a coisa julgada, ultrapassam o interesse das partes sendo dotados de força normativa e, por isso, vinculam os demais órgãos judiciais, obrigando-os a adotar entendimento no mesmo sentido nas causas idênticas ou semelhantes submetidas à sua apreciação.

É certo que o passo mais marcante para a valorização dos precedentes no Brasil ocorre com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que instituiu as súmulas vinculantes. Contudo, muito antes disso, já se vislumbrava na legislação pátria normas que favoreciam o sistema de precedentes.

Exemplificadamente, a Lei nº. 8.038/1990, em seu artigo 38, permite ao relator do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça negar seguimento a pedido ou recurso que contraria a súmula do respectivo tribunal nas questões predominantemente de direito. E, na mesma linha de raciocínio, caminhou a Lei nº. 9.139/95, que alterou a redação do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973 e passou a prever a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso que contrarie manifestamente a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Na esfera constitucional, vale mencionar a Emenda Constitucional nº. 03/1993, que acrescentou o parágrafo segundo ao art. 102 da Constituição Federal, atribuindo efeito vinculante à decisão proferida pelo supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, dando mais um passo em direção ao fortalecimento dos precedentes no Brasil.

No entanto, o grande marco para o sistema dos precedentes é a Emenda Constitucional nº. 45/2004 que introduziu o art. 103-A na Constituição Federal, prevendo o instituto da súmula vinculante.

A instituição da súmula vinculante força uma maior aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, na medida em que fortalece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dotando este de poder para, mediante voto de dois terços dos seus membros, e existindo reiteradas decisões num mesmo sentido, editar súmula que vincula o poder executivo e todos os demais órgãos do poder judiciário. E mais, a par da instituição da súmula vinculante, a EC 45/2004 trouxe consigo um instrumento que visa a garantir a própria

efetividade da súmula vinculante, que é a reclamação constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal tome conhecimento da inobservância ou violação da sua norma vinculante e adote as medidas cabíveis para o seu cumprimento.

Além da previsão da súmula vinculante, a EC 45/2004 inovou ao introduzir o instituto da repercussão geral nas questões constitucionais submetidas ao recurso extraordinário no art. 102 da Constituição, parágrafo terceiro.

A repercussão geral é mais um instituto que veio para reforçar a força vinculante dos julgados do Supremo Tribunal em sede de controle concreto de constitucionalidade. Por meio dela, abre-se a possibilidade para que o STF eleja determinados recursos extraordinários que entendam possuir maior relevância jurídica, política, social ou econômica para julgamento e cujas decisões produzirão efeitos sobre os demais recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria constitucional. Essa ferramenta visa, principalmente, reduzir a quantidade de demandas a serem analisadas pelo STF.

Pois bem, a súmula vinculante e a repercussão geral, ambas introduzidas no sistema jurídico brasileiro pela EC 45/2004, representam o desejo do próprio legislador em fortalecer os julgados do Supremo Tribunal Federal e a conscientização de que dotar as decisões judiciais de eficácia para além dos autos, atingindo outras demandas que versem sobre situações idênticas ou semelhantes, é um passo inevitável e necessário para tentar alcançar, na prática, o princípio da celeridade processual e o princípio da segurança jurídica.

Contudo, atualmente, para muito além da súmula vinculante e da repercussão geral, um novo traçado para o sistema jurídico brasileiro é apresentado pelo Código de Processo Civil sancionado em 16 de março de 2016, consolidando, de uma vez por todas, a força normativa dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

5. O A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES E A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO NOVO CPC BRASILEIRO

O novo Código de Processo Civil (CPC) sacramenta a aproximação, quiçá, a união entre o *common law* e o *civil law* através da previsão legal da força normativa dos precedentes judiciais. Claro que, assim como tudo no Direito, a reforma processual civil também se viu passível de críticas. Especificamente no que tange ao protagonismo dos precedentes judiciais,

Lênio Streck critica essa tendência à adoção do *common law*, relegando o *civil law* para um segundo plano. Ao analisar o novo CPC, quando este ainda era um projeto de lei, aduz (Streck, 2016, p.3-4) que:

Sob o pretexto de que se almejava dar efetividade ao princípio da legalidade, cria-se um elo impossível entre este princípio e o pragmatism(o) dos tribunais. Por isso, denuncio aqui que, nesse capítulo XV, o projeto do novo CPC põe abaixo o princípio da legalidade na teoria da interpretação. E o Congresso, seu autor, comete(rá) uma espécie de haraquiri. O suicídio de sua função normativa. E ele não se dá conta disso. O Parlamento foi envolvido pelo canto da sereia dos precedentes. Mal sabe ele que está abrindo mão de dizer o que é a lei.

Repetindo: o projeto revoga por meio de um texto infraconstitucional o princípio constitucional da legalidade. Ao invés da cláusula pétrea do artigo 5º, inciso II, da Constituição, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, teremos, agora, um ‘novo’, pelo qual ‘os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes’. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!).

Com a devida vênia em relação ao entendimento do jurista gaúcho, o sistema de precedentes instituído pelo novo CPC não retira a importância da lei e nem viola a Constituição Federal. A lei continua viva e válida, todavia, por ser fruto de um processo de produção intelectual humana, comumente se mostra imperfeita, necessitando do judiciário para realizar os ajustes no caso concreto ou até mesmo em relação à lei em tese, quando esta se mostrar incompatível com a Constituição. Mas nem por isso há um engessamento do sistema legislativo pelo poder judiciário, vez que a força normativa dos precedentes atinge somente os órgãos do poder judiciário, mantendo o legislador livre para editar as normas que entender pertinentes.

O sistema de precedentes vem adquirindo uma evolução ao longo dos anos no Brasil e isso se mostra clarividente nas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, mais recentemente, através das súmulas vinculantes e da repercussão geral no contexto do recurso extraordinário. Atualmente, o novo CPC valoriza e impõe a força normativa dos precedentes em todos os tribunais do poder judiciário.

O CPC é claro ao determinar que os tribunais “devem” uniformizar a sua jurisprudência através da edição de súmulas. Pretendeu o legislador ordinário criar instituto bastante assemelhado à súmula vinculante do STF em sede dos tribunais ordinários.

Além disso, o novo CPC atribui força normativa aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinários e especiais repetitivos (sem a necessidade de suscitar o incidente de repercussão geral), aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competências.

Os precedentes proferidos em todos esses casos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais, sob pena de cassação da decisão divergente mediante a apresentação da reclamação, tal qual ocorre no âmbito do STF. E, assim, tem-se que o desenvolvimento do sistema de precedentes alcança o seu ápice com o advento do novo CPC.

Nesse diapasão, importa frisar que no sistema dos precedentes, é o fundamento da decisão, isto é, a sua *ratio decidendi*, que vincula e produz força normativa. A propósito do tema, leciona José Miguel Garcia Medina (2016, p.1221):

Ao dispor sobre a produção jurisprudencial a ser observada pelos juízes e pelos tribunais, o CPC/2015 arrolou, no art. 927, *caput*, figuras bastante díspares entre si. Há algo que as une, a nosso ver, e que consiste naquilo que, realmente deve ser ‘observado’, pelo julgador, ao proferir a decisão, e que, no Código, ora é chamado de ‘tese jurídica’ (cf. §2º. Do art. 927 do CPC/2015), ora de ‘fundamentos determinantes’ (cf. art. 489, § 1º, V, do CPC/2015), mas que, por comodidade, reunimos sob a expressão *ratio decidendi*, que vem a ser os ‘argumento principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis.

E esta situação traz à baila a discussão da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Essa teoria caminha em conjunto com o sistema da força normativa dos precedentes, sendo este dependente daquela, pois de nada adianta conceder eficácia aos precedentes se os seus fundamentos não forem vinculantes. Com base nesta teoria, a fundamentação utilizada numa decisão do STF em que se declarasse a inconstitucionalidade de uma lei teria eficácia para atingir outras leis idênticas ou semelhantes, sem que fosse necessário o ajuizamento de novas demandas.

A chegada do novo CPC obriga o STF a revisar o seu posicionamento quanto à inadmissibilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Tempos atrás, o STF chegou a flertar com a transcendência dos motivos determinantes, atribuindo efeito vinculante ao fundamento das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Ocorre que mais recentemente, os ministros do STF passaram a rejeitar a tese, entendendo pela não aplicabilidade da decisão proferida em sede de ação direta a situações idênticas ou semelhantes, com o fito de se evitar a propositura de novas demandas no mesmo sentido.

Mas com o novo CPC, que dá especial ênfase à força normativa dos precedentes, o que pressupõe a aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o STF se vê balizado em modificar o seu entendimento, haja vista que a referida teoria foi incorporada ao texto legal. E a adoção dessa teoria se mostra patente no CPC, em seu. 489, parágrafo 1º, V, quando prevê a ausência de fundamentação de decisão judicial que se limita a invocar

precedente ou enunciado de súmula sem identificar os fundamentos determinante nem demonstrar que o caso concreto se adequa ao precedente ou ao enunciado de súmula.

Pois bem, através da leitura do novo CPC, se verifica os traçados mais atuais do sistema de precedentes no Brasil. É um instituto que há alguns anos vem se desenvolvendo no país, sob a fiscalização e com o aval do poder legislativo. Este sistema vem atender a um anseio da comunidade jurídica em buscar uma maior uniformidade nos seus julgados, e sempre na busca da celeridade e economia processual

6. CONCLUSÃO

A chegada do novo CPC trouxe novidades importantíssimas para o Direito Constitucional e representa uma vontade nítida do legislador em aproximar o *common law* do *civil law*, na intenção de aprimorar o sistema jurídico vigente. O Brasil continua sendo um país que adota a escola do *civil law*, mas nem por essa razão, deixa de incluir elementos do *common law*, naqueles espaços em que o *civil law* se mostra insuficiente. Os institutos do *common law* no Brasil surgem para trazer celeridade e economia processual, otimização de tempo e de atos processuais, na medida em que visa evitar demandas repetitivas, sem falar na sua finalidade de uniformização de jurisprudência.

Nessa seara, os precedentes judiciais, que são elementos tipicamente pertencentes ao sistema do *common law*, se mostram como a grande estrela trazida pela reforma processual de 2016. O legislador ordinário se conscientizou de que um sistema sem a força normativa dos precedentes produziria sentenças distintas umas das outras, produzindo uma sensação de desconfiança por parte dos jurisdicionados. Ainda, sem os precedentes, os juízes e tribunais se encontrariam diante de diversas decisões julgadas de forma distinta.

Por fim, vale repisar que a previsão legal sobre a força normativa dos precedentes pressupõe a aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, forçando os Ministros do Supremo Tribunal a rever a sua posição anterior quanto à inadmissibilidade da teoria da transcendência dos motivos determinante.

Enfim, os precedentes judiciais, no formato atual do novo CPC, já causaram grande alvoroço na comunidade jurídica, sendo criticados por muitos sob a argumentação da existência de uma pretensa inobservância e violação à lei. Todavia, este não parece ser o entendimento mais adequado. Os precedentes não surgiram do dia para a noite e houve todo um processo de

amadurecimento acerca do desenvolvimento do tema para, neste momento, alcançar o seu ápice através do novo CPC. É um instituto que chegou para ficar em definitivo e, certamente se mostra como uma das ferramentas mais atuais para fins de uniformização da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

CAPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Editora Lider. 2001

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3.ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. VASCONCELOS, Regina. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GLENDON, Mary A. GORDON, M W. OSAKWE, C. ***Comparative legal traditions: text, materials and cases***. 2.ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. MACHADO, João Batista. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **CPC 2016 comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro**. 2.ed. Salvador, Juspodivm, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

STRECK, Lênio. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em 23 out. 2016.

TAVARES. André Ramos. **Paradigma do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.