

VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES: CRÍTICA E REFLEXÃO ACERCA DA SEGURANÇA JURÍDICA E EFICÁCIA DO JUDICIÁRIO

THE BINDING PRECEDENT: CRITICAL QUESTIONS ABOUT THE SAFETY AND EFFICACY OF JUDICIARY LAW

Morgana Henicka Galio

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro é baseado no modelo jurídico de *civil law*, que adota a lei como principal fonte do direito, entretanto, é inegável a influência de outros sistemas jurídicos. Atualmente, nota-se que o sistema jurídico da *common law*, encontrado nos países de tradição anglo-saxônica, no qual o direito é criado e aplicado pelas decisões judiciais, está cada vez mais presente no cotidiano do Poder Judiciário Brasileiro.

Esta aproximação entre os sistemas é fruto do desenvolvimento da sociedade e da grande troca de informações, que proporciona um fenômeno denominado globalização judicial. Sendo assim, é importante compreender o conceito de precedente judicial e as formas de reconhecimento dos precedentes previstas no direito brasileiro, bem como as técnicas de julgamento com base na aplicação de precedentes que estão expressamente previstas no ordenamento jurídico processual e constitucional pátrio.

Entretanto, a partir de uma análise crítica, observa-se que no direito brasileiro não há uma verdadeira aplicação de precedentes judiciais, fato que ocasiona uma grande incoerência nos pronunciamentos e decisões, evidenciando a atual crise do judiciário. Desta forma, convém refletir sobre a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos existentes no direito brasileiro e vinculação aos precedentes oriundos dos Tribunais Superiores, tendo em vista a necessidade de uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. Entretanto, faz-se necessária, também, a mudança cultural no comportamento dos operadores do direito para a correta aplicação dos precedentes judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: *Civil law*; *Common law*; Precedente judicial; Vinculação; Segurança jurídica.

ABSTRACT

The Brazilian legal system is based on civil law model, which adopts the law as the main source, however, is undeniable the influence of other legal systems. Currently, it is noted that the legal system of common law, found in countries of Anglo-Saxon tradition, in which the law is created and applied by judicial decisions, is gradually more present in Brazilian Judiciary.

This rapprochement between the systems is the result of the development of society and the great exchange of information, which provides a phenomenon called legal globalization. Therefore, it is important to understand the concept of judicial precedent and ways of recognizing the precedent in Brazilian law as well as the techniques of judgment based on precedents that are expressly in the Rules of Civil Procedure and Federal Constitution.

However, from a critical analysis, it is observed that in Brasil the legal system doesn't apply the judicial precedents in the right way, a fact that leads to a great inconsistency in decisions

and judicial pronouncements, showing the current crisis of the judiciary. So, it is appropriate to reflect on the need to improve the existing institutes in Brazilian law and the use of binding precedents coming from the High Courts, in view of the need for uniformity and stability of judicial decisions. It is also necessary a cultural change in the behavior of the operators of the law for a correct application of the judicial precedents.

KEYWORDS: Civil law; Common law; Judicial precedent; Binding; Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está em constante transformação, isso se deve ao fato que a sociedade é dinâmica e está em permanente estado de evolução. Junto a ela modificam-se paulatinamente o direito e sua forma de aplicação, refletindo nos tribunais de todo país os acontecimentos sociais.

O sistema jurídico brasileiro, que adota a lei como fonte fundamental de sua produção jurídica, não está imune às influências da globalização judicial e aproximação entre os modelos de justiça estrangeiros. Contudo, não se deveria admitir que ainda nos dias de hoje, em que a igualdade é direito fundamental e norteia todo ordenamento jurídico, sejam proferidas decisões dentro do mesmo tribunal que decidam de maneira distinta casos iguais, ou ainda que as decisões em primeira instância sejam contrárias ao entendimento dos tribunais superiores.

Estas decisões contraditórias dentro do sistema contribuem para a morosidade da justiça e instabilidade jurídica, uma vez que negar a posição de tribunal superior, é ato que atenta contra a lógica do sistema e vai de encontro aos princípios da celeridade e economia processual, razão pela qual a vinculação aos precedentes é fundamental.

O sistema brasileiro é fundamentalmente baseado na lei. Diante desta situação, que não tende a ser alterada, convém aprimorar os institutos já existentes, a fim de garantir a segurança jurídica dentro da realidade do nosso sistema. É neste contexto que a jurisprudência e as decisões judiciais devem ser entendidas como instrumentos disponíveis para conciliar a aplicação da lei, justiça e segurança jurídica. Sendo assim, não há incoerência em aproveitar os princípios do *common law*, uma vez que não se pretende mitigar o poder de decisão do juiz e sim uniformizar as decisões judiciais.

Para que o Poder Judiciário supere as expectativas de estabilidade, que se espera de um país em desenvolvimento, é imprescindível estudar a contribuição da instabilidade das decisões judiciais à crise de eficácia do direito e repensar o modelo de justiça adotado. O

desenvolvimento de uma teoria brasileira de vinculação aos precedentes, adequada ao direito pátrio, é uma necessidade cada vez mais urgente dentro de um sistema processual constitucionalista apto a defender os princípios firmados na Constituição Federal.

Afinal, não há coerência um Estado Democrático que admite decisões conflitantes e contrárias aos princípios de igualdade e segurança jurídica, valores fundamentais do Estado de Direito. Num país em que diariamente se realiza o combate às desigualdades sociais a busca pelo acesso à justiça, é indispensável a previsibilidade, estabilidade e harmonia do Poder Judiciário.

É neste contexto que surge a importância do estudo das origens do direito atualmente aplicado, a fim de, mais do que somente repetir, entender o ordenamento jurídico contemporâneo. Afinal, desde os tempos mais remotos o conflito esteve presente entre os homens e como forma de resolver tais divergências, cada sociedade se desenvolveu à sua maneira, adequando-se às necessidades de seu povo. Assim, para conhecer qualquer instituto existente no ordenamento, antes é necessário estudar a sua história.

2 ASPECTOS GERAIS E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

Atualmente as tradições *civil law* e *common law* compõem os dois principais modelos jurídicos existentes, formando dois sistemas fortemente distintos, devido às circunstâncias políticas e culturais em que surgiram, mas que ao longo do tempo tendem a desenvolver pontos de convergência. Sobre a definição terminológica, Andréia Costa Vieira ensina que o conceito de “*civil law*” está relacionado com as influências que o Direito Romano teve sobre os países da Europa Continental e suas colônias. De acordo com a doutrinadora, o direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, principalmente em relação à elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. (VIEIRA, 2007, p. 270)

Do outro lado está a definição do termo “*common law*”, que nas palavras de René David (DAVID, 2002, p. 359) na sua origem significava o “direito comum” a toda Inglaterra. Neste sentido, Maurício Ramires afirma que este direito era “comum”, pois vinha dos Tribunais de Westminster, cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo. (RAMIRES, 2010, p. 63) Portanto, pode-se afirmar que o direito na *common law* é criado e aperfeiçoado pelos juízes, ao passo que na *civil law* está vinculado à produção legislativa. (WAMBIER, 2009, p. 57)

Assim, a fim de comparar os dois modelos jurídicos supracitados, faz-se necessário, inicialmente, analisar o histórico e a formação de cada um deles, apontando suas principais características culturais e sua forma de interpretar o direito, bem como a direção de seu desenvolvimento. A partir da análise entre os sistemas de *civil law* e *common law*, passa-se a estudar o fenômeno de aproximação entre os sistemas, para ao final demonstrar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Aspectos gerais da *civil law*

O Brasil adota o modelo jurídico romano-germânico de *civil law*, diretamente relacionado à produção legislativa, no qual predomina o positivismo jurídico expressamente previsto na Constituição Federal, ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei”. A criação da tradição jurídica romano-germânica tem suas origens no século XII e XIII no período do Renascimento da Europa Ocidental. Neste momento, em que as cidades e o comércio ganharam nova organização, também se intensificou o ideal de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.” (DAVID, 2002, p. 39)

A partir do pensamento renascentista, as universidades ganharam destaque no estudo do direito, inicialmente na Itália com a Universidade de Bolonha, cuja influência chegou até o direito aplicado pelos tribunais europeus. Cumpre salientar que a base do direito nas universidades é formada pelo direito romano em conjunto com o direito canônico, deixando em segundo plano os direitos próprios de cada nação, uma vez que até o século XX, finalmente marcado pelas codificações nacionais, o direito romano era o ensino básico. Por isso, a formação do Estado Romano foi fundamental para a história do direito que hoje vigora e por muitos doutrinadores é apontada como marco divisório nos processos de formação dos sistemas de *civil law* e *common law*.

Os acontecimentos na França no século XIX, resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico. Após a Revolução, com a queda da monarquia absolutista e ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, houve o surgimento de um novo direito e ganha forças a teoria de Montesquieu para evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, que foi combinada com a visão de Rousseau, para afirmar que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa.

Assim, o *civil law* registra suas origens com base no direito romano, sendo posteriormente consagrado pela Revolução Francesa que procurou criar um novo modelo de direito, negando as instituições que antes existiam, calcando-se na rigorosa separação dos poderes, aliada à proibição do juiz interpretar a lei, como combinação indispensável à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica. A igualdade no *civil law* foi diretamente associada à estrita aplicação da lei, o que deu origem a um intenso processo de codificação do direito, limitando o papel do juiz com a finalidade de garantir a tão sonhada igualdade entre todos.

2.2 Aspectos gerais da *common law*

Por outro lado, o *common law*, representa um modelo antagônico, no qual as fontes de direito são as decisões judiciais. A definição do termo “*common law*”, nas palavras de René David (2002, p. 359) significa o “direito comum” a toda Inglaterra, este direito era “comum”, pois vinha dos Tribunais de Westminster, cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo. Sua natureza está voltada à continuidade e à tradição, pois nunca houve razão para desprezar os antigos costumes, nem há divisão histórica entre uma era pré ou pós-revolucionária.

Desta forma, o desenvolvimento deste sistema jurídico se deu de maneira ininterrupta, baseado no cotidiano da sociedade inglesa. Esta ausência de ruptura ou revolução que demandasse um novo modelo jurídico, resultou no apego à continuidade e à tradição. Portanto, pode-se dizer que apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Assim, de acordo com Paolo Grossi (2006, p. 55-56), na tradição de *common law* o direito não sofreu as amarras de uma codificação, razão pela qual permaneceu aberto e íntimo da ordem judicial que até hoje possui certo ressentimento em relação a um direito escrito e claro, porém imobilizado: a tradição de *common law* entende que direito é “coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo”, garantindo sua evolução com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento.

A doutrina do *stare decisis*, aplicada nos sistemas jurídicos de *common law*, tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido” e é responsável pela definição de uma doutrina de precedentes vinculantes. Desta forma, as decisões dos tribunais em casos

anteriores vinculavam a aplicação do direito lá constituído, a fim de manter a análise já realizada pelo Judiciário como precedente para futuras decisões.

Esta doutrina se desenvolveu a partir de um hábito das Cortes do reino inglês, que se reuniam para debater os casos mais complexos, que se tornavam referência para julgamentos posteriores. Aos poucos as decisões assumiram papel vinculante, sendo que somente no século XIX que foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861. Destarte, aplica-se o *stare decisis* a todos os casos em que houver identidade entre as demandas, a partir da premissa que causas iguais merecem soluções idênticas. Portanto, havendo identidade de causas, haverá vinculação ao precedente, como forma de garantir isonomia jurisdicional.

2.3 Aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*: o fenômeno da globalização judicial

A globalização está presente em inúmeras áreas do dia a dia da sociedade. A facilidade na troca de informações e agilidade nas comunicações torna impossível evitar o diálogo e a troca de experiências também entre os costumes jurídicos contemporâneos. O direito não foge à regra da globalização e passa a ser compartilhado entre os países, assim, da mesma forma que algumas moedas estrangeiras se tornam comuns em todo mundo, o direito faz parte desta integração.

No contexto de formação de uma sociedade global, que compartilha interesses, comportamentos e necessidades, enfraquece a ideia de dicotomia entre os sistemas *civil law* e *common law*. Sobre o tema em questão, o doutrinador italiano Michele Taruffo (2003, p. 554) chama a atenção para o fenômeno por ele denominado “consequências jurídicas da globalização”, que se trata de um fator da evolução dos modelos jurídicos e abrange diversas áreas do direito, em especial o processo civil, assumindo crescente relevância para os juristas em todo mundo. Assim, em que pese haver distinções entre os sistemas, é evidente a atenuação das diferenças. Observa-se o aumento da criatividade jurídica nos países de *civil law* da mesma forma que ocorre no *common law*, isto resulta no que Cappelletti denomina “convergência evolutiva”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 123-124)

Assim, o movimento de convergência entre as tradições jurídicas tem se intensificado devido ao fenômeno da globalização, que promove a circulação de soluções e propostas entre as famílias romano-germânica e de tradição *common law*. Nota-se que a troca

de informações entre os sistemas existentes é evidente e mútua, além de consistir em uma tendência inevitável, afinal ambos afluem para a mesma finalidade, que é gerar previsibilidade e respeitar a isonomia.

Tal afirmativa também encontra respaldo na obra de Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 165-166), que utiliza a expressão “atenuação progressiva” para caracterizar esta transformação judicial. De acordo com Mancuso, os regimes que partiram de diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, tendo em vista os objetivos compartilhados. Ademais, os legisladores modernos contribuem para a intensificação desta miscelânea jurídica, uma vez que são responsáveis pelas reformas da justiça civil e tendem a “emprestar” os institutos que consideram favoráveis, sem qualquer vínculo à tradição nacional, contribuindo para a desconstituição dos modelos tradicionais gerais.

Desta forma, não há incoerência em aproveitar nos países de tradição romano-germânica alguns preceitos do *common law*, principalmente em meio a tantas inovações judiciais do direito moderno. Cumpre ainda destacar que o processo civil brasileiro, é o mecanismo pelo qual os direitos são exercidos ou assegurados no país, razão pela qual requer um exercício de reflexão em relação ao rígido positivismo jurídico tradicional. No embalo deste novo raciocínio jurídico, nasce a possibilidade de estudo de um instituto importado do *common law*: os precedentes judiciais e sua aplicação no direito brasileiro.

3 A TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A análise do conceito de precedente judicial está diretamente relacionada ao estudo da teoria dos precedentes, que possui posição de destaque no modelo jurídico adotado pela *common law*, mas que, entretanto, vem sendo objeto de crescente estudo dos doutrinadores e pesquisadores que se baseiam no sistema jurídico de *civil law*.

Precedente judicial é definido por Didier Jr. como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 381) Em outras palavras, “precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal” e, justamente por ser um caso, a regra dele extraída não pode ser dele desvinculada, afinal, o texto deve ser compreendido dentro da situação fática concreta da qual é fruto.

Desta forma, os precedentes judiciais jamais são fórmulas abstratas e genéricas, pois estão diretamente relacionados aos casos concretos que os originaram, razão pela qual sua

análise e aplicação importam também na comparação entre os fatos do caso originário e os do que se pretende utilizar o precedente, a fim de verificar suas semelhanças e garantir a correta aplicação do precedente.

Sobre a questão, valoroso é o ensinamento do ilustre processualista Ovídio Baptista da Silva (1999, p. 494), de que o precedente, em sentido estrito, não é formado por decisões reiteradas sobre determinado assunto, ao contrário, o precedente é uma decisão que rompe uma circunstância anterior, que não surge para concretizar um posicionamento, e sim para alterá-lo, de acordo com o doutrinador: “O precedente é sempre fruto de uma quebra da jurisprudência da corte; ele surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal.”

Imprescindível destacar que nenhum precedente tem a pretensão de ser eterno, pois esta é justamente uma fonte de direito que não pretende engessar as relações sociais e sim produzir um direito de acordo com a realidade de sua sociedade. Esta quebra de paradigma representada pela decisão é importante para manter a atualização do direito, pois este precisa acompanhar o desenvolvimento e as exigências da sociedade, uma vez que a legislação não tem agilidade para acompanhar as transformações sociais. Assim, Ovídio Baptista completa que as cortes supremas colaboram para o “progresso e modernização do direito”.

Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial e indispensável a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário, absolutamente despropositado, de recursos que os torna, por isso mesmo, questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 494)

Destarte, é inegável a necessidade do estudo do precedente judicial, por se tratar de uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, principalmente por representar um importante mecanismo de renovação do direito legalizado, que, se respeitado, garante estabilidade ao direito e previsibilidade ao Poder Judiciário.

3.1 Classificação

Tendo em vista a crescente importância atribuída à jurisprudência e precedentes no cenário processualista nacional, convém realizar também uma análise teórica e doutrinária sobre o tema, a fim de adquirir conhecimento para que, ao final, seja possível uma análise crítica sobre sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1 Declarativo

Precedente denominado declarativo é definido como sendo aquele cuja decisão apenas utiliza como fundamentação um precedente anterior já consolidado para solucionar a situação atual, como ocorre ao se tratar da aplicação de súmulas, por exemplo, em que o magistrado se detém a declarar o conteúdo interpretativo anteriormente definido pelo Tribunal. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 387)

Portanto, esta decisão judicial que formará o precedente não cria ou modifica uma regra pré-existente, pois se resume em aplicar a mesma solução adotada em casos anteriores.

3.1.2 Criativo

O precedente criativo, por outro lado, ocorre nos casos em que o magistrado, a partir da sua interpretação, cria e aplica uma norma jurídica, efetivamente suprimindo a lacuna existente na lei ou delimitando as cláusulas gerais das leis e aplicando-as nos casos concretos. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 387) É a verdadeira função criadora do Direito revelada a partir da atividade jurisdicional.

Este precedente é típico do sistema anglo-americano, no qual “o direito é enunciado e desenvolvido através de decisões judiciais” (RADAMÉS DE SÁ, 1996, p. 61). No entanto, devido ao crescente número de leis gerais e abstratas, com a ampliação de conceitos vagos e cláusulas gerais, este fenômeno da função criadora há tempos não está mais restrito aos países de *common law* sendo facilmente e constantemente identificado em todos os modelos de sistemas.

Por esta razão, destaca Marinoni, que um sistema de precedentes é “indispensável na jurisdição contemporânea”, afinal, faz parte da atuação dos juízes o preenchimento dos conceitos vagos e abertos a partir da sua análise e aplicação a cada caso concreto, sendo imperativo um sistema para garantir a unidade e congruência do sistema. (MARINONI, 2010, p. 88)

3.1.3 Vinculante

Em relação aos efeitos que a decisão pode produzir, inicialmente analisamos o precedente vinculante, que, como sugere o próprio nome, obriga os demais julgados de casos

análogos que forem posteriores. (DIDIER JR., 2009, p. 388) O precedente vinculante, frequentemente adotado pelos países de sistema *common law*, consiste em verdadeira fonte do direito neste modelo jurídico, pois devido à força vinculante disposta no princípio do *stare decisis*, as decisões anteriores criam o direito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 12)

Nos modelos jurídicos que aplicam o princípio do *stare decisis*, Cruz e Tucci (2004, p. 13) destaca que os precedentes são vinculantes ainda que apenas tenha havido uma decisão da corte hierarquicamente superior. Corroborando com o sobredito, Marinoni alerta para a impossibilidade de o juiz julgar contrariamente ao que foi entendido por tribunal superior, bem como dos tribunais contrariarem seus próprios entendimentos.

No direito brasileiro, podemos citar o que a doutrina considera como exemplos de julgados com força vinculante: a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, as súmulas dos tribunais em relação a eles próprios e as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle difuso de constitucionalidade em relação ao próprio STF e os demais órgãos jurisdicionais a ele inferiores. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 389)

3.1.4 Obstativo de recurso

Prosseguindo na apreciação dos efeitos dos precedentes, nota-se que algumas decisões possuem o poder de evitar a revisão por instância superior, ou seja, podem obstar a apreciação do recurso ou ainda do reexame necessário. Estes são os chamados precedentes obstativos de recursos, que, como se lê em Didier Jr.: “não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 390)

Observa-se que, em determinadas situações, o magistrado foi autorizado pelo legislador a negar seguimento aos recursos que estiverem em evidente confronto aos precedentes judiciais, principalmente em se tratando dos precedentes das cortes superiores. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 390) Tal circunstância pode ser notada a partir da leitura, por exemplo, do artigo 518, §1º do Código de Processo Civil, em que o juiz tem a possibilidade de não receber o recurso de apelação, quando a sentença guerreada estiver de acordo com súmula dos Tribunais Superiores¹.

¹ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal

Outros exemplos de utilização de precedentes como forma obstativa de revisão de decisões podem ser encontrados no Código de Processo Civil, como por exemplo, nos artigos 475, §3º, 544, §§3º e 4º e 557. Nesses casos, em fase de admissibilidade recursal o recurso pode ter negado seu seguimento ou pode ser dispensada a remessa necessária, em razão de precedentes anteriores. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 390)

3.1.5 Persuasivo

No âmbito do direito codificado, o precedente que possui eficácia persuasiva é predominante na utilização pelos juízes e tribunais, que se apoiam na jurisprudência para fundamentar suas decisões, sem, contudo, que esta goze de força vinculante. Portando, pode-se dizer que as decisões judiciais são apenas “fontes de conhecimento” que não podem ser impostas aos juízes, servindo apenas como forma de orientação. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 13)

Assim, o direito brasileiro não foge à regra dos sistemas positivistas, atribuindo à jurisprudência oriunda dos tribunais apenas o caráter persuasivo, sem que os demais órgãos do Poder Judiciário sejam vinculados àquelas decisões.

Entretanto, ainda que não se considere fonte vinculante, a rejeição do precedente persuasivo deve ser fundamentada pelo magistrado que proferir a decisão, pois, de acordo com Marinoni, o “precedente quando persuasivo, constitui um argumento da parte, e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação.” Sob pena, inclusive, de nulidade da decisão por caracterizar descaso em relação à prova. (MARINONI, 2010, p. 118)

Apesar da cultura diferenciada, a tradição *common law* também utiliza precedentes meramente persuasivos, isto ocorre quando uma das partes invoca a utilização de precedente de outro país que adote o mesmo sistema jurídico, por exemplo, um caso do tribunal inglês em que a parte trouxe uma decisão proferida pelos Estados Unidos em caso idêntico para servir de fundamento. Nestes casos, o precedente não tem força vinculante, e sim persuasiva, pois representa a “experiência jurídica” de outro país na questão em debate. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 13-14)

3.2 Aplicação dos precedentes no direito brasileiro

Apesar da tendência de aproximação, a aplicação dos precedentes no Brasil em muito se diferenciam dos preceitos ensinados no *common law*, resultando em um aplicação atípica do direito, que não está adequada ao moldes de nenhum dos sistemas estudados. Por exemplo, a jurisprudência, ainda que muito influente e responsável pela formação e consolidação de posicionamentos, não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, como há muito alertou o jurista Carlos Maximiliano (1980, p. 187) em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*: “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 ordenamento jurídico brasileiro, como reflexo do sistema de *civil law* adotado, decorre da interpretação legal, portanto, provém da aplicação da norma à realidade, considerando-se apenas seu caráter interpretativo. Assim, a jurisprudência no direito pátrio assume apenas o caráter complementar ao direito vigente, diferentemente do que ocorre em países derivados da tradição de *common law*, nos quais as decisões formam precedentes vinculantes, que são prioritariamente as fontes de direito, passando a legislação a ser complementar. É reconhecida como elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito, mas apenas uma decisão não constitui jurisprudência, é necessário que esta decisão se repita sem grandes variações, consolidando o entendimento uniforme e constante.

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 Sérgio Sérulo da 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”.

Com efeito, atualmente as súmulas são utilizadas apenas como guia de interpretação, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. E, apesar de possuírem certa força impositiva, principalmente quando ensejam o julgamento monocrático pelo relator de um recurso, frente ao tradicional julgamento colegiado do segundo grau, as súmulas não tem 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 nº. 45/2004 com intuito de garantir a uniformidade da interpretação jurídica do texto constitucional ou legal. Tendo em vista a existência de matéria constitucional, que tem sido objeto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, este poderá aprovar súmula com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciários e à administração

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, de ofício ou mediante provocação.

E, ainda, as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Estas podem ser consideradas uma forma de manifestação do *stare decisis* no direito brasileiro, isto porque tais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal terão efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e eficácia contra todos. Nota-se que não há previsão da necessidade “reiteradas decisões” como em outros institutos existentes no ordenamento, razão pela qual se conclui que uma decisão, ainda que única, vincula as demais.

Esta regra constitucional traduz a necessidade de respeito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a sua inobservância enfraquece a força normativa da Constituição. Sendo assim, é no mínimo sensato que se atribua efeito vinculante às decisões que tratam da interpretação constitucional, tendo em vista a grande produção legislativa que existe no direito brasileiro e o crescente número de demandas que se iniciam diariamente nas comarcas de todo país, faz-se necessário garantir a uniformidade da aplicação das leis em todo território nacional.

3.3 Técnicas de julgamento com base na aplicação de precedentes judiciais expressamente previstas no ordenamento jurídico processual e constitucional

Da mesma forma que a legislação brasileira prevê a uniformização das decisões judiciais, inclusive a partir da criação de institutos que fixam os entendimentos dos tribunais, como é o caso das súmulas, a lei também institui mecanismos que objetivam aplicação destas decisões aos casos concretos. São situações em que os magistrados estão autorizados a proferir decisões antecipadamente, tanto em primeira instância como nos tribunais; ou com efeitos que transcendem a um único processo; em razão da existência de posicionamento consolidado dos tribunais superiores ou por se tratarem das próprias decisões dos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O Código de Processo Civil traz em seu artigo 285-A a previsão expressa de que quando a matéria apresentada na petição inicial for unicamente de direito e já tenha sido proferida sentença em casos idênticos reconhecendo a total improcedência do pedido, poderá o juiz dispensar a citação do réu e sentenciar a causa, fundamentando seu julgamento na sentença anteriormente prolatada. Desta forma, ocorre a aplicação de precedente nascido no próprio juízo de 1º grau.

Este artigo acrescenta na lógica do direito processual brasileiro a possibilidade de eliminar liminarmente as ações que contrariem o entendimento pacificado das decisões, ainda que de primeiro grau, em casos idênticos. Por isso, é uma forma de “racionalização do serviço jurisdicional”, tendo em vista que se a matéria for exclusivamente de direito e o juiz já tiver formado seu posicionamento sobre o tema, poderá desde logo encerrar a questão, evitando futuros gastos com uma situação para a qual desde o início já se tem a solução.

O artigo 518 do Código de Processo Civil, que regulamenta o recebimento do recurso de apelação, determina em seu §1º que o recurso não será recebido quando a sentença estiver de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Analisando o dispositivo supracitado, nota-se que a norma exposta neste dispositivo decorre de um sistema de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores, especificamente dos posicionamentos já fixados em súmulas de jurisprudência predominante. Desta forma, estando a sentença em harmonia com o entendimento sumulado dos tribunais superiores, a interposição de recurso de apelação seria apenas protelatória, violando o princípio da duração razoável do processo e abarrotando o Poder Judiciário com ações repetitivas.

Ademais, após o recebimento de recurso pelo tribunal, este será distribuído a um relator, que fará a análise e o relato sobre o caso e emitirá seu voto, após encerrada a votação será lavrado o acórdão com a decisão da turma ou câmara. Entretanto, o relator ao se deparar com recurso em manifesto contraste com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, poderá negar seguimento ao recurso em decisão monocrática com base na norma disposta no artigo 557 do Código de Processo Civil, que prevê expressamente o julgamento monocrático do relator com base em súmula ou jurisprudência dominante. E ainda, o §1º-A permite ao relator julgar o recurso prontamente após o seu recebimento com base em precedentes dos tribunais superiores ou até mesmo em precedentes de seu próprio tribunal.

Havendo recurso aos tribunais superiores, estes também estarão sujeitos ao cumprimento dos requisitos de admissibilidade.

A Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 102, III, a análise pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, devido ao grande número de recursos direcionados ao STF e à impossibilidade de apreciação de todos pela Suprema Corte, foi inserido no ordenamento jurídico o instituto da repercussão geral, pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, que acrescentou o §3º ao artigo 102, III da Constituição Federal com o objetivo de

garantir efetividade e celeridade às decisões, além de reduzir consideravelmente o número de demandas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal.

Importante ressaltar que havendo grande número de recursos com idêntico fundamento, serão selecionados um ou mais recursos que representem a situação e encaminhados para julgamento da Suprema Corte, os demais ficarão sobrestados até a decisão final, conforme o disposto no artigo 543-B e parágrafos, do Código de Processo Civil, também inseridos pela Lei 11.418 de 2006. Destarte, a decisão proferida nos recursos representativos da controvérsia incidirá também sobre todos os que estiverem sobrestados aguardando julgamento, assim, sendo negada a repercussão geral, todos os outros automaticamente não serão admitidos, ao passo que, restando conhecida a repercussão geral e sendo julgado o mérito da questão, esta decisão igualmente produzirá seus efeitos aos demais.

Trata-se, portanto, de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que cria um precedente judicial a partir do caso representativo da controvérsia, que automaticamente é aplicado ao julgamento dos casos sobrestados. Tanto as decisões que reconhecem ou não a existência de repercussão geral, como a própria decisão de mérito do caso em questão, serão diretamente aplicadas aos demais casos idênticos, consistindo em uma técnica de criação e aplicação de um precedente judicial.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de desafogar o Poder Judiciário, a Lei 11.418 de 2006 introduziu no Código de Processo Civil o artigo 543-C, que possibilita resolver de uma vez a questão de direito que está sendo discutida em diversos recursos. Esta modificação no Código de Processo relativa ao processamento e julgamento dos recursos repetitivos tem como finalidade a celeridade processual e efetividade da prestação jurisdicional, evitando-se o julgamento individual de inúmeros processos idênticos.

O artigo 543-C do Código de Processo Civil assegura que, havendo variados recursos fundados em idêntica questão de direito, o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos que representarão a controvérsia, sendo que os restantes ficarão suspensos até o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, quando decidida a questão pela Corte Superior e publicado o acórdão, os recursos que estavam sobrestados deverão ser julgados com base no posicionamento da Corte Superior, assim aqueles que estiverem de acordo com o pronunciamento do STJ terão seguimento negado; entretanto, aqueles em que a decisão recorrida divergir da orientação do Tribunal Superior deverão ser novamente analisados pelo tribunal de origem.

Portanto, conclui-se que a técnica de julgamento de recursos repetitivos visa fixar a vinculação dos precedentes estabelecidos em causas idênticas, tendo em vista a decisão

tomada pelo Superior Tribunal de Justiça deverá ser aplicada a todos os recursos que versem sobre a mesma matéria e permaneceram suspensos até que a questão fosse definida pela Corte Superior, demonstrando expressamente um caso de julgamento com base em precedente judicial, criado pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do caso representativo da controvérsia.

4 CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A questão, à primeira vista, pode parecer simples, aos poucos o sistema brasileiro agrega institutos próprios do *common law* para satisfazer suas demandas internas. Da mesma forma que tais institutos são adaptados e aplicados ao direito brasileiro, cresce a necessidade de reflexão sobre o tema, uma vez que o fenômeno da aproximação entre os sistemas jurídicos distintos está cada vez mais presente no cotidiano dos juristas de todo país.

No entanto, não se trata apenas de adotar um instituto estranho ao seu ordenamento, o problema está na forma que se dá sua aplicação no direito nacional. A incompatibilidade entre os elementos copiados da *common law* e o sistema de *civil law* em que foram inseridos resulta em um aplicação atípica do direito, que não está adequada ao moldes de nenhum dos sistemas estudados.

4.1 Jurisprudência e precedentes

Jurisprudência é, sem dúvida, um termo presente e influente no dia-a-dia dos operadores do direito nacional. As decisões reiteradas dos tribunais tem ampliado cada vez mais sua influência nas instâncias inferiores, servindo de fundamentação para as sentenças dos juízes.

Entretanto, a jurisprudência, ainda que muito influente e responsável pela formação e consolidação de posicionamentos e entendimentos de magistrados nos fóruns e tribunais, não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, como há muito já alertou o jurista Carlos Maximiliano:

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*. (MAXIMILIANO, 1980, p. 187)

O precedente judicial, em seu sentido estrito oriundo da doutrina do *stare decisis*, está diretamente relacionado aos fatos que originam a questão de direito, o que impossibilita a sua aplicação em casos posteriores a partir da simples verificação da ementa do julgamento, pois se trata de uma “questão jurídica”, que é inseparável do ‘caso’ que lhe deu origem” (RAMIRES, p. 68, 2010). Portanto, para que o juiz fundamente sua decisão num precedente, é necessário realizar uma análise prévia em relação aos fatos que constituíram a decisão anterior, a fim de verificar se realmente é possível aplicar aquela regra ou não, em razão da distinção entre os casos. (RAMIRES, p. 71, 2010) Ademais, o precedente para que possua força vinculante não prescinde de reiteração, constituindo norma jurídica desde o princípio, independente do número de julgados.

Por outro norte, a jurisprudência não é feita apenas de um caso isolado, necessita de reiteradas decisões dos tribunais no mesmo sentido, a fim de consolidar o posicionamento que será utilizado apenas como orientação para julgamentos futuros. Sendo assim, apesar da jurisprudência se destacar como precedentes judiciais, sua utilização nas decisões não pode ser confundida com a teoria dos precedentes, anteriormente apresentada. Portanto, jurisprudência e precedente judicial não se confundem, pois só se considera aplicação do precedente se a interpretação da norma nele aplicada tem conexão direta com os fatos do caso que está sendo decidido. (TARUFFO, 2011, p. 141)

Assim, ainda nos casos previstos nos Código de Processo Civil de julgamentos com base na jurisprudência dominante, como, por exemplo, os julgamentos monocráticos de recursos interpostos aos tribunais, apesar de representarem um avanço na interpretação e aplicação do direito, resultado da contínua interferência da *common law* no ordenamento jurídico pátrio, não consistem na aplicação da teoria dos precedentes vinculantes, pois resultam de uma análise quantitativa das decisões, ao passo que, a vinculação dos precedentes decorre da análise qualitativa e comparativa entre os casos.

4.2 Súmulas, súmulas vinculantes e precedentes judiciais

Ao tratar sobre o tema “precedentes judiciais” é normal deparar-se com comentários a respeito das súmulas e a vinculação aos precedentes. Mesmo no âmbito jurídico e acadêmico não é incomum a falácia de que súmulas vinculantes representam a teoria dos precedentes vinculantes no Brasil. Entretanto, como veremos a seguir, ao contrário do que se

diz, há uma diferença irrefutável entre as súmulas emitidas pelos tribunais e os precedentes vinculantes aplicados em sistemas de *common law*.

As súmulas de jurisprudência dominante, ainda que vinculantes, não são precedentes judiciais, pois são “fórmulas abstratas” da mesma forma que as leis. (SILVA, 2011, p. 10) Neste sentido Maurício Ramires salienta que as súmulas são autônomas em relação aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual se diferenciam fortemente do sistema de precedentes instituído no *common law*, pois o precedente está sempre vinculado aos fatos originários. (RAMIRES, 2010, p. 62)

Com relação à teoria dos precedentes, Ronald Dworkin assevera que os juízes e juristas do *common law* “não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação”. (DWORKIN, 2002, p. 174)

Por consequência as súmulas não constituem precedentes judiciais como os apresentados na doutrina do *stare decisis*, pois a força de um precedente não pode se esgotar em uma frase particular. (RAMIRES, 2010, p. 71)

Destarte, os enunciados traduzidos em súmulas incorrem nos mesmos defeitos das leis, pois tem a aspiração de ser abstratos, genéricos e autônomos em relação às causas de origem e, por esta razão, estão sujeitos às mais diversas interpretações possíveis.

A pretensão de acreditar que normas transformadas em súmulas, por mais perfeitas que sejam, sempre serão ‘gerais e abstratas’ e a interpretação faz parte do Direito. Assim, a força vinculante pretendida pela Reforma, não vincula nada, haja vista que o próprio texto da súmula pode ser interpretado e assumir sentidos diferentes, tendo em vista a subjetividade da interpretação. (ANDRADE, 2011, p. 95)

Assim, nota-se que as súmulas, próprias do direito luso-brasileiro, não se tratam de precedentes, tais como os aplicados na tradição *common law*, pois neste sistema os tribunais não podem fixar normas gerais e abstratas, estando a norma criada pelo magistrado vinculada aos fatos específicos do caso concreto em análise. (RAMIRES, p. 62, 2010)

Desta forma, apesar da vinculação às súmulas do Supremo Tribunal Federal sugerirem proximidade com a vinculação aos precedentes judiciais oriundos do modelo anglo-saxão, estes dois institutos nada tem em comum, pois as súmulas vinculantes apenas resultam de processos de uniformização de jurisprudência, que após o julgamento se tornam novamente fórmulas abstratas e desvinculadas de sua origem, ocasionando igualmente divergências interpretativas, da mesma forma que a lei.

Existe, sem dúvida, curioso equívoco dos que identificam a Súmula Vinculante ao sistema de “precedentes” utilizados pelos países de *common law*, por que há uma inocultável distinção e entre o precedente e a súmula de jurisprudência predominante.

O precedente é sempre fruto de uma quebra de jurisprudência da corte; ele surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. (...)

Os precedentes, não são súmulas vinculantes, fórmulas abstratas – tais como as leis –. Valem por seus fundamentos, emergentes ao caso e comprometidas com suas circunstâncias. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 494)

Neste contexto, as súmulas vinculantes são um instituto tipicamente brasileiro “sem cópia do *stare decisis* nem filiação de *the restatment of the law*” (SILVA, 2011, p. 370), e convém destacar que, por serem abstratas, as súmulas inevitavelmente serão interpretadas quando aplicadas aos casos concretos, afinal, as situações que chegam ao Poder Judiciário são, muitas vezes, complexas e dotadas de inúmeras particularidades. Portanto, ideal seria analisar o conteúdo do caso que acarretou a criação da súmula, e não tão somente seu enunciado, a fim garantir a identidade das situações e a correta aplicação dos fundamentos jurídicos da decisão.

Sendo assim, conclui-se que o efeito vinculante atribuído a determinadas súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, representa, sem dúvidas, a crescente valorização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não pode ser confundido com a teoria dos precedentes vinculantes, afinal, a ausência de relação entre o enunciado e os fatos do caso originário na aplicação prática das súmulas, faz com que o texto abstrato tenha a mesma imprecisão da lei. Ademais, as súmulas objetivam apenas a uniformização da jurisprudência, ao passo que os precedentes judiciais rompem o entendimento até então aplicado, adquirindo caráter vinculante ainda que apenas tenha havido uma decisão da corte hierarquicamente superior.

4.3 As constantes divergências entre decisões judiciais e a necessidade de observância e respeito aos precedentes

A lei, considerada a fonte primordial do direito no sistema jurídico brasileiro, assim como qualquer outro texto geral e abstrato está sujeito às mais diversas interpretações. No entanto, apesar deste modelo positivista sob o qual se baseia o direito brasileiro, é inegável que a produção jurisdicional faz parte do ordenamento jurídico, pois diariamente são criadas e aplicadas normas nos tribunais de todo país.

No entanto, tão grande quanto o número de sentenças e acórdãos publicados por dia, é a contradição que existe no ordenamento jurídico pátrio, pois apesar de ser cediço que a lei é interpretada de várias formas e que constantemente são proferidas decisões diferentes para

casos iguais, este é um assunto pouco comentado por doutrinadores e operadores do direito brasileiro.

Ao contrário, parece que tal patologia é algo normal e inerente ao sistema, assim, a fim justificar a insegurança jurídica criada pela falta de previsibilidade do Poder Judiciário, alastram-se ditados populares, como “cada cabeça uma sentença”. Marinoni ironicamente afirma que, apesar de ser visível que casos idênticos são decididos de formas diferentes, não se abandonou o ideal de que a aplicação da lei garante a unidade do sistema. Porém, as contradições no Judiciário são apenas uma demonstração de que a lei apenas não é suficiente para garantir a segurança necessária ao direito. (MARINONI, 2010, p.100)

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, ainda não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei. (MARINONI, 2010, p. 101)

Deste modo, surge a discussão acerca da aplicação de um sistema de precedentes vinculantes ao direito brasileiro, pois ao assumir que a ordem jurídica é também formada pelas decisões judiciais, há necessidade que tais decisões sejam coerentes e previsíveis.

4.4 A necessidade de aperfeiçoamento do sistema brasileiro: vinculação aos precedentes judiciais como forma de segurança jurídica

A concepção extremamente positivista, ainda arraigada no direito pátrio, oriunda de um ensino jurídico desvinculado do estudo dos casos concretos e das reflexões hermenêuticas, é apontada por doutrinadores como uma das causas do mau funcionamento do poder judiciário. Esse mau funcionamento do sistema é observado cotidianamente nos fóruns e tribunais do país. A suposta certeza dada pelo ordenamento positivo não é mais suficiente para garantir a segurança dos jurisdicionados.

Diante da intensa produção legislativa brasileira, o Poder Judiciário se depara com leis lacunosas, ambíguas e até contraditórias, que sugerem as mais distintas interpretações. No entanto, não é admissível que casos iguais tenham decisões distintas. E as contradições no Judiciário são apenas uma demonstração de que a lei apenas não é suficiente para garantir a segurança necessária ao direito. A atual crise de eficácia do direito é uma consequência da

insegurança jurídica no país. As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas sequer no âmbito interno da corte, fato que pode ser facilmente demonstrado a partir de uma pesquisa jurisprudencial.

Assim, a vinculação aos precedentes deveria ser uma consequência lógica do sistema, mas, aparentemente, foi esquecida por juízes e Tribunais, principalmente em razão de princípios como o livre convencimento motivado do juiz. Mas esse livre convencimento motivado não pode comprometer a forma sistemática do direito e a isonomia entre os jurisdicionados. Ou seja, a liberdade de interpretação dos magistrados não pode abalar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Neste sentido, Hans Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito e defensor do positivismo jurídico, há tempos destacou a necessidade de respeito e observância dos precedentes judiciais, atribuindo às decisões judiciais o caráter vinculante, a fim de garantir a estabilidade do direito e evitar a existência de lacunas no ordenamento jurídico.

A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente. (...) Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. (KELSEN, 2006, p. 278)

Assim, de acordo com Kelsen, as decisões podem criar precedentes judiciais, extraíndo-se a norma de um caso concreto que deverá ser aplicada aos demais casos idênticos.

Com intuito de resolver a questão da insegurança jurídica, a EC 45/2004 fez uma reforma estrutural no Poder Judiciário, introduzindo no sistema os institutos da repercussão geral e súmula vinculante, a fim de obrigar os demais órgãos da jurisdição a acatar as decisões do STF. Ocorre que a uniformização necessária no direito brasileiro não se dá, nem poderia, por meio de súmulas, ainda que vinculantes. Salvo se a súmula se propuser a indicar expressamente os fatos do caso concreto e as razões da decisão, e não se limitar a um enunciado sucinto e objetivo, determinando uma norma abstrata, desvinculada de um caso concreto, que pode ser facilmente – e equivocadamente – utilizada para outras inúmeras situações distintas.

A ideia que fundamenta a segurança jurídica no *common law* é justamente atrelar a decisão judicial e seu princípio normativo ao caso concreto, de modo que não é possível aplicar um precedente de forma geral e abstrata, sem que seja avaliada a identidade entre os fatos dos casos em questão. Assim, não havendo identidade entre os fatos, não será aplicado determinado precedente.

Deste modo, surge a discussão acerca da vinculação aos precedentes no direito brasileiro, pois ao assumir que a ordem jurídica é também formada pelas decisões judiciais, há necessidade que tais decisões sejam coerentes e previsíveis. Os juízes já não mais representam apenas a “boca da lei” como afirmava Montesquieu, e sim importantes personagens na construção de fontes jurídicas e atualização do direito, afinal, “o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel.” (CRUET, 2003, p. 30)

As atuais reformas no processo civil demonstram uma evolução, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento das decisões dos tribunais também como fontes de direito. Mas estas mudanças não resolvem o problema, uma vez que não é raro verificar a utilização de sucintas ementas ou pequenas frases extraídas de um acórdão, para justificar questões em nada semelhantes.

A utilização das súmulas e da jurisprudência se dá, na maioria dos casos, sem uma análise comparativa dos casos, confundindo o verdadeiro sentido da aplicação de jurisprudência e precedentes. Ressalta-se que o precedente é constituído pelo inteiro teor da sentença e não de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação do direito. Desta forma, tendo em vista que o uso de jurisprudência pelos operadores do direito brasileiro costumeiramente não incluem os fatos dos julgados anteriores, sua utilização acaba por acarretar uma equivocada aplicação do direito criado pelas decisões judiciais.

A aplicação de enunciados e trechos de decisões de maneira descontextualizada, sem qualquer relação com a situação fática originária, de acordo com a lição de Maurício Ramires, acaba por demonstrar a crise do sistema jurídico atual. Faz-se necessário, portanto, lembrar que uma organização judiciária pressupõe a observância de precedentes judiciais. Ronald Dworkin compara o sistema de precedentes com um romance literário escrito por vários romancistas. Se estes fossem escrever conjuntamente um romance, cada um o seu capítulo, eles teriam que se atentar para os capítulos que antecedem o seu. Da mesma forma a função do juiz está em achar a melhor continuação possível para a história legal, comprometendo-se com a unidade e coerência do sistema.

A aplicação de precedentes garante a igualdade de tratamento e a certeza de respostas iguais do Poder Judiciário em se tratando de casos análogos. O julgamento com base em um precedente assegura que hipóteses iguais quando submetidas à apreciação judicial terão os mesmos resultados. Portanto, a adoção do precedente corrobora com o princípio da igualdade expresso na Constituição Federal, além de dar efetividade ao princípio do acesso à justiça e assegurar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Por derradeiro, insta estudar a lição de Ronald Dworkin (2002, p. 176), que reconhece a legitimidade da teoria dos precedentes vinculantes, tendo em vista a aplicação da equidade aos casos concretos. Se a um caso foi atribuída determinada interpretação, que se tornou a norma naquele caso individual e específico, esta deve ser estendida aos casos semelhantes, protegendo, assim, o princípio da igualdade: “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo.”

Destarte, convém reiterar que não há incompatibilidade entre o direito legislado e a vinculação aos precedentes, tendo em vista que, nos países regidos pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais, em regra, não possuem eficácia vinculante, a aplicação dos precedentes tende apenas a acrescentar segurança e aumentar a previsibilidade das decisões e a estabilidade do direito. Mas a busca por soluções efetivas deve vir acompanhada da mudança de ideologia adotada pelo Judiciário nacional, pois a evolução deve ser acima de tudo cultural. Para se alcançar os objetivos pretendidos, é necessário firmar um padrão de comportamento, que atualmente não é observado nos operadores do direito.

É necessário confiar mais no juiz de primeiro grau, modificar essa cultura recursal que existe no dia a dia forense. Isso é uma consequência da grande instabilidade da jurisprudência, pois, a dúvida com relação à decisão dos Tribunais incentiva a interposição de recurso. Essa confiança só virá naturalmente quando houver o aumento da estabilidade e da segurança jurídica. Afinal, a partir do momento que o Poder Judiciário estiver alinhado, os Tribunais estiverem em harmonia, suas decisões forem estáveis e seguidas em todos os níveis da jurisdição, a decisão de primeiro grau deverá ser respeitada com a certeza de que representa a voz das Cortes Superiores. Assim, antes de decidir pelo seu próprio entendimento, o juiz deve decidir pelos precedentes dos Tribunais.

Trata-se da aplicação do princípio da impessoalidade, afinal, o juiz no desempenho de sua função é um órgão do Poder Judiciário. Assim, para agir como tal, deve se desvencilhar de suas convicções pessoais e ressaltar sua opinião para zelar pelo entendimento do Tribunal Superior, de modo a respeitar o sistema e conferir credibilidade, segurança jurídica e estabilidade ao direito.

Por isso, o desenvolvimento de uma teoria de vinculação apropriada ao direito pátrio e calcada no aperfeiçoamento dos institutos já existentes, acompanhada do progresso do ideal de justiça brasileiro, é uma necessidade no Poder Judiciário. O sistema está em crise e para evitar um colapso são necessárias mudanças. Assim como a adoção do instituto da repercussão geral foi um dos mecanismos utilizados para minimizar a crise Supremo Tribunal

Federal, restringindo o número de recursos que chegam àquele Tribunal, é necessária a vinculação aos precedentes com o objetivo de minimizar a crise no sistema.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs uma análise crítica sobre o direito brasileiro atualmente aplicado nos tribunais, a partir da utilização de precedentes oriundos da doutrina do *stare decisis*, adotada pelos países de *common law*.

Verificou-se a grande distinção entre os modelos de justiça adotados nos sistemas de *civil law* e *common law*, bem como, o fenômeno de aproximação entre os sistemas jurídicos, que se influenciam mutuamente, principalmente em razão da globalização judicial. Esta nova ordem jurídica, resultante das trocas de informações, produz consequências no direito brasileiro. Entretanto, uma diferença entre os dois sistemas se manteve intacta, qual seja a valorização das leis e códigos em cada um deles. Tendo em vista que no *common law* as leis não pretendem limitar a interpretação judicial, razão pela qual havendo conflito entre uma lei e um precedente, compete ao juiz decidir por qual será sua decisão.

Buscou-se, também, apresentar os precedentes judiciais, que foram definidos como as decisões anteriores proferidas em casos concretos, que servirão de orientação para a resolução dos casos análogos posteriores. Ressaltou-se que o precedente consiste na matéria de direito e está diretamente relacionado aos fatos que lhe deram origem, motivo pelo qual não se pode analisar somente o dispositivo da decisão para dali extrair uma norma. Trabalhou-se também com a classificação dos precedentes judiciais, concluindo que são distinguidos conforme o seu grau de autoridade em relação às decisões futuras, passando de meramente persuasivo à obstativo de recurso e vinculante, bem como em relação à interpretação judicial, que será declarativo ou criativo. A partir deste estudo, constatou-se que o legislador brasileiro buscou acrescentar no sistema processual formas de valorizar as decisões judiciais pacificadas pelos Tribunais Superiores.

Finalmente, realizou-se estudo sobre a forma como são aplicados os precedentes judiciais no Poder Judiciário brasileiro, resultando numa crítica ao sistema brasileiro. Quanto à utilização de jurisprudência, anotou-se que se diferencia dos precedentes em razão da necessidade de reiteradas decisões no mesmo sentido para sua consolidação, bem como se criticou o uso de jurisprudência para fundamentar pedidos e decisões, sem que tenha estabelecida a relação de identidade entre os fatos do caso paradigma e caso que se pretende decidir. Também se esclareceu que as súmulas em nada se parecem com precedentes judiciais,

ainda que vinculantes, pois as súmulas, após sua aprovação, passam a compor novamente uma norma abstrata, tal qual a lei. Desta forma, em razão da desvinculação do texto sumulado com os fatos que lhe originaram, não se pode afirmar que as súmulas e súmulas vinculantes representam a vinculação aos precedentes, pois para estes é imprescindível a comparação e identidade entre o que firmou a norma e o que se pretende resolver.

Ao final, passou-se a discorrer sobre a necessidade de vinculação das decisões aos precedentes judiciais, que garante uniformidade no posicionamento jurídico do país, bem como igualdade nos tratamentos dos casos análogos. Não é admissível que o mesmo tribunal adote posicionamentos diferentes para casos idênticos, tendo em vista o tratamento jurisdicional deveria ser o mesmo para todos, destarte, estudou-se a possibilidade de vinculação das decisões judiciais aos precedentes no direito brasileiro. Considerou-se, finalmente, que não há incoerência em aproveitar, no direito brasileiro, uma teoria de vinculação aos precedentes, pois até o renomado positivista Hans Kelsen determina a vinculação aos precedentes como forma de uniformizar as decisões. Ocorre que esta transição deve se realizar de maneira adequada à realidade país.

Compete ao legislador brasileiro acompanhar a evolução da sociedade e corroborar para a efetividade da jurisdição, proporcionando os institutos necessários à segurança jurídica e acesso à justiça. Contudo, a simples alteração de dispositivos legais não é suficiente. Destarte, é responsabilidade dos operadores do direito acompanhar as alterações e fazer bom uso das ferramentas disponibilizadas, a fim de solucionar a crise de eficácia do direito brasileiro garantir a efetividade da segurança jurídica e do acesso à justiça.

O tratamento isonômico dos jurisdicionados, que é requisito indispensável para a segurança jurídica, somente se dará a partir da compreensão da decisão como um todo para sua aplicação em casos análogos, não apenas extraíndo um direito abstrato e seguindo com sua aplicação superficial. Portanto, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro, que adota a lei como fonte fundamental de sua produção jurídica, não está imune às influências da globalização judicial e aproximação entre os modelos de justiça estrangeiros. É crescente a busca de soluções por meio da utilização de institutos oriundos, principalmente, do sistema de *common law*, o que é perfeitamente aceitável durante o processo de evolução e aperfeiçoamento do direito. Entretanto, esta evolução deve vir acompanhada de análise e regulamentação, a fim de impedir contradições, que atualmente podem ser observadas no sistema.

Por fim, para alcançar as perspectivas de estabilidade, que se espera de um país em desenvolvimento, é necessário repensar o modelo de justiça adotado. A vinculação aos

precedentes judiciais no julgamento de casos iguais é indispensável na atual sistemática processual constitucionalista. Afinal, num país em que se busca cotidianamente o combate às desigualdades sociais e o acesso à justiça, a previsibilidade, estabilidade e harmonia do Poder Judiciário são imprescindíveis.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismos de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 922, p.343-388, ago. 2012.

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. A interpretação da decisão jurídica como uma questão essencial do Direito: De Kelsen a Dworkin até as Súmulas Vinculantes introduzidas na Constituição da República de 1988 por meio da Emenda Constitucional 45/2004. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 75, p.89-98, jun. 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de et al. **Reforma judicial**: elementos para uma crítica. Florianópolis: CESUSC, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 9, n. 13, p.485-498, Jul/Set. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 99, v. 25, jul/set 2000. p. 74-84.

BARROS, Humberto Gomes de. Superior Tribunal de Justiça versus segurança jurídica. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 103, p.57-61, Mai. 2009.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 34, n. 168, p.143, Fev. 2009.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 38, n. 215, p.207-248, jan. 2013.

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

CARACILLO, Melissa Cainé. (In)segurança jurídica, (não) conhecimento da lei e instabilidade legislativa. **Revista de direito constitucional e internacional** -, São Paulo, v. 20, n. 80, p.125-136, Jul/Set. 2012

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 32, n. 151 set. 2007.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de *Common Law e de Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. 2. ed. Leme: Edijur, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p.13-23, mar/abr. 2005

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

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 2. v. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

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

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>> Acesso em: 15 agosto 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMY, Eduardo. Súmula Vinculante: uma incógnita. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 517-540.

LUZ, Valdemar P. da. Breves considerações a respeito da (in)segurança jurídica. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 425-437.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 38, n. 216, p.13-34, fev. 2013.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O papel do STF no novo sistema processual brasileiro. In: LAMY, Eduardo *et al* (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Capelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 36, n. 199, p.83-100, Set. 2011.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. **O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo**. 2007, 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito. Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Recife, ago. 2007.

POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica. A previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 36, n. 199, p.159-194, Set. 2011.

RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. **Súmula Vinculante**: análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

SILVA, Emanuel Maciel da. O problema da tendência *uniformizadora* das decisões judiciais diante da força descentralizadora do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 19, v. 75, p. 359-378, abr/jun 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 17, n. 78, p. 385-319, mai/jun 2009.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, março 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 199, v. 36, p. 139-155, setembro 2011.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. A efetividade da prestação jurisdicional e o rito dos recursos repetitivos como filtro recursal. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 38, n. 216, p.443-457, fev. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmulas e a inadmissibilidade da apelação. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 859-862.

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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.