

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO INSTITUTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/15*

Thiago Medeiros Caron¹

Frank Aguiar Rodrigues²

Resumo: A tradição da *common law* surge inicialmente no direito inglês, que parte do direito consuetudinário como premissa principal para resolução de lides. Já o Brasil, adota a tradição da *civil law*, o que contribuiu para que o codificado, seja utilizado de forma primária. A aproximação destas tradições gera situação inusitada. Países da tradição da *civil law* passam a adotar o *case law* como instrumento primário enquanto que os da *common law*, passam a utilizar-se do *statute law*. Tal fato, percebido de forma suave à partir da Emenda Constitucional nº 45 (que inseriu o sistema de Súmulas Vinculantes) tomou relevo no CPC/73 com a previsão do incidente de julgamento de casos repetitivos. Porém, o maior impacto sofrido veio com a promulgação do CPC/15, que inseriu o precedente judicial vinculante, de observância obrigatória, aproximando ainda mais a tradição brasileira do *common law*, deixando de adotar qualquer critério para tanto. A partir método hipotético-dedutivo, analisar-se-á a incoerência do atual sistema de precedentes inseridos pelo CPC/15,

* Artigo apresentado no 1º Simpósio de Constitucionalização do Direito Processual, realizado no ano de 2016 no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM – Marília/SP)

1 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM (2016); Advogado.

2 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM – Marília/SP); Especialista em Direito Processual do Trabalho pela UNIDERP; Bacharel em Direito e Docente na Faculdade do Vale do Itapecuru (CAXIAS – MA); Advogado.

principalmente ao considerar que judiciário, atualmente, sequer observa a normatização escrita existente. Para tanto, dentro dos limites do estudo, promover-se-á a análise do sistema de precedentes no direito inglês, atentando-se há alguns pontos do instituto julgados relevantes, para em momento posterior, analisar as alterações sobre a matéria introduzidas pelo CPC/15. Ainda, analisar-se-á alguns pontos que são criticados neste sistema, propondo, ao final, a necessidade de um aculturamento jurídico, para que haja uma maior coerência, integralidade e racionalidade nas decisões proferidas, buscando implementar a aplicabilidade do instituto.

Palavras-Chave: *Common law* – *Civil Law* – Direito inglês – Precedentes – CPC/15.

Resumen: La tradición del derecho común aparece por primera vez en el derecho inglés, que parte del derecho consuetudinario como el principal requisito previo para la resolución de litigios. Sin embargo, Brasil, adopta la tradición del derecho civil, lo que contribuye para que la codificada se utilice de forma primaria. El enfoque de estas tradiciones crea situación inusual. Los países de tradición de derecho civil comienzan a adoptar la jurisprudencia como el instrumento primario, mientras que la ley común, pasa a utilizar el derecho escrito. Este hecho, sin problemas percibidos a partir de la Enmienda Constitucional 45 (que entró en los precedentes vinculantes del sistema) tuvo una importancia en el CPC / 73 con la predicción del incidente del juzgamiento de casos incidentes. Sin embargo, el mayor impacto sufrido llegó con la promulgación de la CPC/15, que insirió el precedente judicial vinculante, de cumplimiento obligatorio, acercando aún más la tradición brasileña del derecho común, dejando de adoptar cualquier criterio para eso. Desde el método hipotético-deductivo, se examinará la incoherencia del actual sistema de precedentes introducido por el CPC / 15,

especialmente cuando se considera que el poder judicial actualmente, ni siquiera observa las normas de escritura existentes. Por lo tanto, dentro de los límites del estudio, se habrá de promover el análisis del sistema anterior en el derecho Inglés, teniendo en cuenta que hay algunos puntos del instituto considerados como relevantes, para en un momento posterior, hacer un análisis de los cambios acerca de las materias introducidas por le CPC/15. Aun así, se analizará, algunos puntos que son objeto de críticas en este sistema, proponiendo para poner fin a la necesidad de una aculturación jurídica, de modo que haya una mayor coherencia, la integridad y racionalidad en las decisiones proferidas, tratando de implementar la aplicabilidad del instituto.

Palabras-Clave: Derecho común – Derecho Civil –Derecho Inglés – Precedente – CPC / 15.

INTRODUÇÃO



o ordenamento jurídico brasileiro, até o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) imperava a subjetividade ao juiz ao proferir o julgamento de determinado caso, ao passo que o mesmo era escudado pelo seu “livre convencimento”, ainda que motivado, mas que lhe permitia discordar ou dar a lei, interpretação divergente daquela firmada por Cortes superiores, no julgamento de casos semelhantes (excepcionando o regime de edição de Súmulas Vinculantes – SV estabelecido pela Constituição – CRFB, ou então, no julgamento de recursos repetitivos), não havendo qualquer obrigação de se seguir o entendimento firmado pela corte superior.

Porém, com a reforma do Código de Processo Civil, realizada no ano de 2015 (CPC/15) inseriu-se no ordenamento processual brasileiro, um “duvidoso” (diga-se de passagem) sistema de precedentes judiciais, instituto este oriundo do direito Inglês,

arraigado nos preceitos da *common law*, que parte das premissas firmadas no *case law* para decidir os casos levados a julgamento. Ocorre que o Brasil, tem sua origem jurídica fundada na tradição da *civil law*, que possui por premissa em seus julgamentos a aplicação do *statute law*, que ao menos *in thesi* afastaria *a priori* a aplicação deste instituto decorrente da tradição anglo-saxã.

Ao voltar os olhos as alterações que foram inseridas no CPC/15, especificamente referente ao tema em comento, de se apontar que legislador pátrio não adotou qualquer critério para estabelecer a aplicabilidade de mencionado sistema no ordenamento brasileiro, que faz perceber então que o sistema de precedentes “à brasileira” estabelecido pelo *codex*, não trouxe ao ordenamento nacional a carga axiológica que se verifica ao promover-se a análise do instituto no direito inglês.

Nessa senda, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com o presente estudo, buscar-se-á analisar a incoerência do atual sistema de precedentes inseridos no CPC/15, mormente pelo fato do judiciário do país, não observar sequer a normatização escrita para o julgamento dos casos que lhe são propostos, afastando-se de forma inequívoca da própria tradição que orienta o sistema jurídico nacional.

Para tanto, alguns caminhos deverão ser percorridos. No primeiro momento, considerando o restrito espaço do presente estudo, promover-se-á a análise dos principais pontos do precedente judicial, no direito inglês, que adota a tradição do *common law*. Nesse aspecto, promover-se-á a análise da formação da tradição inglesa, trazendo esclarecimentos sobre o instituto dos precedentes, além de fazer a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ponto que gerará certamente profundos debates no país, tratando também de questões voltadas a excepcionar a regra da *stare decisis*, por meio da análise do *distinguish*, *overruling* e *undermining* a partir de seus conceitos. Bem se sabe que o instituto em análise não se restringe a este ponto, porém trata-se de recorte metodológico adotado, inclusive pelo espaço no

qual busca analisar mencionados pontos da questão, sendo que os demais pontos serão estudados por meio de artigos distintos.

No segundo momento, voltando os olhos para as alterações trazidas pelo CPC/15, promover-se-á uma análise dos dispositivos que inseriram no ordenamento nacional o sistema de precedentes judiciais. Para tanto, buscar-se-á apontar alguns fatores que levaram a inserção deste instituto no ordenamento nacional, como *vg.* a necessidade de fazer que as decisões proferidas pelo judiciário fossem dotadas de segurança jurídica, ao passo que o ordenamento padeceria de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade.

Já em um terceiro momento, buscar-se-á trazer a lume alguns pontos que são criticados no que pertine ao citado sistema de precedentes, propondo ainda a necessidade de um acultramento jurídico do próprio país, para que haja uma maior coerência e integralidade nas decisões proferidas em nosso ordenamento, bem como a necessidade de que estas sejam dotadas de racionalidade, para que o instituto em comento possa ser efetivado no país, a partir dos preceitos que orientam a aplicação do instituto em sua origem, o que certamente demandará algum tempo.

Por fim, apresentar-se-á as conclusões dos autores sobre o estudo.

Note-se, portanto, que a presente pesquisa partirá da análise de obras doutrinárias e de artigos de renomados articulistas, além da análise de normas do ordenamento jurídico nacional e internacional, porém sem deixar de apontar que a pesquisa se restringirá o plano técnico-jurídico.

1 OS PRECEDENTES NO DIREITO INGLÊS

Inicialmente, antes de adentrar as especificidades do precedente judicial no direito inglês, entende-se ser necessário promover, mesmo forma breve a distinção entre as tradições que

serão tratadas no estudo, ou seja, de um lado a *common law*, o direito consuetudinário e de outro a *civil law* ou o direito escrito, eis que o instituto dos precedentes judiciais inseridos em nosso ordenamento é decorrente da primeira tradição, enquanto que no Brasil, o sistema jurídico funda-se na tradição do romano-germânica.

A distinção entre os países que fundaram seus ordenamentos em mencionadas tradições efetivou-se no século XVI, decorrente de um acordo que teria sido firmado no território francês e em decorrência deste negociado, o norte da França teria adotado como base, o direito romano (*civil law*), enquanto que o norte não optou por seguir referenciada tradição (STRECK, 2013a, p. 18).

A partir de tal momento, os países que adotaram o direito romano (escrito) passaram a considerar seus costumes como *iuria propria*, o que clamava a sua aplicação de forma prioritária a partir de interpretação restritiva dos mesmos e não extensiva, enquanto que os países que se firmaram na tradição consuetudinária (*common law*), também adotaram o direito romano, porém, de forma subsidiária (*ratio scripta*), sendo este utilizado com o fito de suprimir lacunas que eventualmente surgissem da aplicação do *case law* (STRECK, 2013a, p. 18-19).

Não se pode olvidar que a *common law* do direito inglês, tem como nascedouro a invasão da Inglaterra pelos Normandos (1066) que, após terem conquistado o território, estabelecem as Cortes Reais que gradualmente substituíram o sistema jurídico feudal existente, estabelecendo desta feita o direito dos comuns (*jus commune* ou *common law*), estabelecendo-se a partir de então uma normatização rígida, que a todos se aplicava (BARBOZA, 2014, p. 41).

Quanto a este ponto, Streck (2013a, p. 20) aponta de forma expressa: “o período da conquista normanda é fundamental para a consolidação do *common law* inglês, porquanto foi nesse sistema que o direito foi utilizado como instrumento de

governo”, contribuindo efetivamente ao incorporar ao “[...] direito local a sua nova produção jurídica”.

Após ter sido inserida em território inglês a *common law* passa por momentos de evolução, tendo contribuído efetivamente a esta evolução, a (a) concentração do poder jurisdicional na mão do rei; (b) a evolução da própria tradição jurídica do *common law* em detrimento aos costumes locais; (c) e a formação da *equity* “[...] por ser recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler [...]” encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão; e por fim, (d) o quarto período nesta evolução do *common law* fora a promulgação da *Judicature Act* (1873), que estabeleceu a organização judiciária a partir da fusão da *common law* com a *equity* (STRECK, 2013a, p. 19-23).

Neste último quadrante de evolução da tradição consuetudinária, Streck (2013a, p. 23-24), enfaticamente aponta que

[...] as reformas processuais foram fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, na medida em que construíram a ponte entre o antigo direito processual (*old processual world*) e o novo sistema jurídico (*new substantive world*). No novo sistema, os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a existência de erro judicial, concretizando a distinção entre fatos e o direito substancial.

Logo, a principal diferença entre tais tradições estabelece-se no fato de que um possui como fonte secundária o direito legislado (*jus commune*), e a outra, como fonte primária o direito a lei (*civil law*).

Inclusive, de salutar importância consignar aos mais desavisados que *common law* não é sinônimo de inexistência de legislação codificada. Com efeito, Streck (2013a, p. 25) bem aponta que

[...] não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *starturification* do direito, em alusão

ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal.

Traçadas estas breves linhas introdutórias, necessário passar a análise dos principais pontos para o presente estudo do instituto dos precedentes no direito inglês.

Porém, o que é precedente? Kelsen (1996, p. 278-279), tratando da matéria, esclarece que se trata da possibilidade de conferir-se a competência a tribunal superior, para criar norma a partir de decisão proferida em caso julgado e que posteriormente será aplicado no julgamento de casos semelhantes.

O doutrinador continua:

[...] Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão, dotada de força precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume caráter de norma geral. [...] (KELSEN, 1996, p. 278).

Logo, precedente judicial é o meio pelo qual o judiciário, no exercício de sua função típica, acaba por estabelecer diretrizes normativas vinculantes, dotadas de generalidade que lhe permita ser aplicada, posteriormente, na solução de casos semelhantes que venham serem postos a julgamento.

Cediço é que o direito inglês tem por pedra angular a tradição da *common law*, que se funda na utilização do *case law* e tem por premissa básica, regras e princípios que são, em um primeiro momento, estabelecidas (de forma prévia), para posteriormente, serem seguidas pelos julgadores ao analisar casos semelhantes ao que fora julgado (CROSS; HARRIS, 2012, p. 24).

Esta decisão proferida em caráter antecedente recebe, no direito inglês, a definição de precedente. Contudo, a característica, por assim se dizer, possui classes diferentes, que devem ser observadas.

Cross e Harris (2012, p. 24) apontam que os precedentes podem ser obrigatórios ou vinculantes, por estabelecer a

necessidade de estrita observância na resolução do caso subsequente a partir do que ficou decidido (*ratio decidendi*), ou então, persuasivo, quando o precedente serve simplesmente como material a ser considerado pelo juízo em sua fundamentação, sem força vinculativa.

Não se pode olvidar que, como o próprio *common law*, o sistema de precedentes sofreu profundas alterações durante os séculos em suas regras de aplicação, que pelo recorte metodológico do presente estudo não serão analisadas. Porém, no atual quadrante, devem ser observadas as seguintes regras de aplicação dos precedentes no direito inglês:

- 1) Se deben respetar, esto es, seguir y acatar las decisiones dictadas por los tribunales superiores; 2) las decisiones dictadas por los tribunales superiores constituyen un precedente persuasivo para los tribunales que tienen una mayor jerarquía respecto de aquéllos, y 3) una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó. [...] (CROSS; HARRIS, 2012, p. 26).

Tais regras de aplicação dos precedentes tornam-se inconcebíveis no ordenamento jurídico nacional vez que no judiciário brasileiro, há uma regra implícita que demonstra determinado grau de regionalização do entendimento das cortes, mesmo em detrimento ao entendimento firmado pelos tribunais de vértice do país.

Contudo, para melhor compreensão do tema, necessário aprofundar neste estudo, alguns assuntos que permeiam o tema.

Inicialmente, necessário promover a diferenciação entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*.

Tem-se que ao aplicar-se um precedente a caso semelhante, não é a integralidade da decisão deste precedente que vincula o julgamento posterior de caso semelhante, mas sim e tão somente sua razão de decidir (*ratio decidendi*).

Cross e Harris (2012, p. 62-63) analisando referida diferença, deixam claro que não é toda e qualquer decisão proferida no âmbito de cortes superiores, que se transformará em

precedente, vez que a decisão para ser considerada como precedente, deve ater-se a discussão de matéria de direito, limitando-se aos pontos essenciais à decisão judicial (razão de decidir), enquanto que o restante da decisão, ainda que se refira à matéria de direito, porém, que não seja essencial para chegar à solução dada ao caso, será considerado única e exclusivamente como *obiter dicta*, possuindo mera qualidade de argumento persuasivo, sem qualquer obrigatoriedade de observância.

Fazendo raciocínio inverso, se a *dicta* possui mera característica de argumento persuasivo não obrigatório, a *ratio decidendi*, mui pelo contrário, possui carga de obrigatoriedade, devendo ser seguida e aplicada, salvo tenha o julgador motivos suficientes para promover a distinção dos casos em julgamento ou demonstrar a superação do entendimento (CROSS; HARRIS, 2012, p. 63).

O estudo da própria razão de decidir e dos argumentos não vinculativos da decisão (*obiter dictum*) faz com que retomemos as premissas traçadas no julgamento proferido pelo juiz Vaughan, no caso *Bole v. Horton*, de onde se extrai:

Si se observa que la opinión expresada por un tribunal no es necesaria para decidir el caso concreto, y que el mismo bien hubiera podido decidirse de la misma manera incluso expresando lo contrario, debe concluirse que dicha manifestación no constituye una opinión judicial, sino que es un mero gratis dictum (CROSS; HARRIS, 2012, p. 63).

A *obiter dictum*, traduz-se no argumento utilizado na decisão, qual se faz mera referência, não possuindo a mesma carga valorativa que se atribui a razão de decisão para a solução do caso, por vezes divorciando-se completamente da *ratio decidendi*.

Assim, o julgador que promove a interpretação do precedente objetivando proceder sua aplicação no caso subsequente, deve

Tal fato faz com que a decisão precedente, seja posteriormente interpretada pelo julgador que vier invoca-la na análise

de caso semelhante, interpretação esta que deve ser cautelosa, a fim de evitar a possibilidade de ocorrer “evolução jurídica” a partir da interpretação da norma (CROSS; HARRIS, 2012, p. 65), justamente para garantir integridade e coerência no sistema.

Porém, na prática, definir e identificar a *ratio decidendi* torna-se ao operador do direito, uma tarefa hercúlea. Buscando auxiliar nesta tarefa, lança-se mão do método de *Goodhart*, resumido sinteticamente a seis proposições, que estabelecem (CROSS; HARRIS, 2012, p. 88-91):

(a) A razão que o juiz atribuiu para dar sua a decisão, não é o ponto vinculante do precedente, ao passo esta razão pode ser pode ser “falsa”, ou seja, não ter a carga jurídica necessária para se formar como precedente ao passo que se desconsiderada não retiraria a autoridade da decisão;

(b) A decisão proferida pode não vincular qualquer norma jurídica, ou então, em sua generalidade ser muito ampla ou estreita, não impedindo que após a devida análise seja extraído da decisão princípio que norteie os julgamentos semelhantes a partir daí;

(c) O princípio que vinculará a decisão dos demais casos, não seria necessariamente localizado a partir da contraposição dos fatos do paradigma e do paragonado;

(d) Quanto ao princípio que norteará as decisões posteriores, *Goodhart*, estabelece que estes possam ser extraídos a partir da análise dos fatos que a decisão proferida aponta como relevantes;

(e) Que como nem sempre o julgador deixa claro os fatos apontados tidos por relevantes, seria necessário à adoção de testes para definir, a partir da decisão proferida, os fatos considerados relevantes, para definir os motivos determinantes da conclusão a qual chegou ao julgamento; e

(f) A necessidade da conclusão do julgamento, não se fundar em fato hipotético.

Seguindo ainda nessa análise, Cross e Harris (2012, p.

96) trazem definição quanto à *ratio decidendi*, estabelecendo que a razão de decidir de um caso “[...] *es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada [...]*”, ou então, “[...] *la parte correspondiente de las indicaciones dadas por él al jurado*”.

Desta feita, não há grande dificuldade em definir-se a *ratio decidendi*.

O problema, efetiva-se quando tratamos da *obiter dicta*. Para fins do presente estudo, adotar-se-á a definição de *Go-dhart*, para qual o *dictum*, é “[...] *como una conclusión basada en un hecho cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal*” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 101).

Porém, no que concerne ao conceito acima, Cross e Harris (2012, p. 101) chamam a atenção para o fato de que existe diferença entre uma proposição que se projeta a partir de fato não provado e de fato cuja sua existência não tenha sido determinada por uma corte, uma vez que “[...] *esta ultima clase de proposiciones pueden representar la ratio decidendi em certos casos, entre los cuales podemos incluir: 1) los casos tramitados bajo el procedimiento de demurrer [...]* 2) *los casos en los cuales participa un jurado [...]*”.

Visto tais considerações sobre a *ratio decidendi* e a *obter dictum*, necessário analisar outros pontos sobre a questão, como *vg.* o *distinguish*, *overruling* e *undermining*.

Bustamante (2012, p. 470), quanto ao *distinguish* aponta:

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tendo a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais frequente será seu emprego.

Como dito inicialmente, uma decisão precedente deve ser seguida como norma vinculante para decisão de casos posteriores semelhantes ao que fora julgado e que venham ser

submetidos a juízo *a posteriori*. Trata-se da regra do *stare decisis* – “*es estare rationibus decidendi*” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 128).

Porém, casos onde o julgador consegue distinguir as situações, tem-se que a regra da *stare decisis* pode ser afastada motivadamente, quando então, deixa o julgador de aplicar a decisão paradigmática ao caso *sub judice*.

Inclusive, cite-se trecho de sentença proferida pelo *Lord Reid* no caso *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co.*, onde conforme Cross e Harris (2012, p. 128) o julgador consigna: “[...] *las decisiones de las Cámaras de los Lores tienen autoridad para los casos en los cuales las circunstancias no son razonablemente distinguibles de aquellas que dieron origen a la decisión anterior*”.

Logo existe uma prévia obrigação do tribunal seguir a decisão proferida, contudo, havendo uma diferença que se demonstre juridicamente relevante (se considerar-se possível tratamento diverso atribuído a análise de fatos) entre ambos os casos esta poderá deixar de ser aplicada (CROSS; HARRIS, 2012, p. 128)

Necessário acautelar-se para não confundir o *disitinguish* com outras formas de superação do precedente (vg. o *overruling*), eis que na hipótese em questão, o fato de afastar a incidência do precedente naquele caso, não implica, necessariamente, em sua superação, mas unicamente que se criou uma exceção à aplicabilidade da norma, ou que o julgador procedeu a uma interpretação restritiva do paradigma, objetivando com tal procedimento que a inteligência da norma estabelecida não se aplique a casos que não os expressamente amoldem-se a incidência da norma (BUSTAMANTE, 2012, p. 470).

Bustamante (2012, p. 470-471) aponta que esta distinção pode ser levada a efeito de duas formas: por meio da *direct exception* (exceção direta) ou pela *indirect exception* (exceção indireta), situando-se a distinção entre ambas justamente na “[...]”

premissa maior (ou normativa) [...]” e na “[...] premissa menor (ou fática) [...]”, enquanto que o efeito é idêntico, limitando-se a afastar a norma precedente, não discutindo sua validade.

Portanto,

[...] a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrário para fixar um interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido ao precedente (BUSTAMANTE, 2012, p. 473).

Tem-se assim, na primeira hipótese, uma “redução teleológica” extraindo o caso em julgamento da hipótese do precedente e no segundo, o “argumento a contrário” concluindo não inserir-se nas hipóteses de incidência da norma (BUSTAMANTE, 2012, p. 473).

Portanto, o precedente, em que pese vinculante, possui força limitada (já que possível deixar de aplica-lo), cabendo apontar ainda, que a tradição do *common law* faz com que mesmo não sendo observado o precedente, tenha o julgador que respeitá-lo (BARBOZA, 2014, p. 226-227).

Porém, mui diferente do acima observado é quando se procede à exceção a teoria da *stare decisis*, por meio da aplicação da técnica do *overruling*. De acordo com Nogueira ([?], 1992-1993), é por meio da utilização de tal técnica que “[...] o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa”.

Bustamante (2012, p. 388) de forma profícua aponta a relevância do *overruling* como exceção à teoria da *stare decisis*, uma vez que este não se limita a nortear o caso para outra solução (*distinguish*), mas por meio da presente técnica, o tribunal

ab-rogar o precedente anteriormente editado, por questionar, por decisão fundamentada, sua legalidade no momento de sua superação.

A superação do precedente, no caso da incidência da presente técnica, pode se dar de forma implícita ou explícita, sendo que sua superação faz com que o precedente não seja dotado de qualquer valor jurídico. Conforme Cross e Harris (2012, p. 156), na forma explícita,

[...] No hay nada particularmente nuevo que decir en relación con la invalidación explícita ya que, si un tribunal que tiene el poder para invalidar o derogar un caso A, manifestar en un caso B que ha decidido derogar o invalidar el caso A, entonces a *ratio decidendi* del caso A inmediatamente deja de tener autoridad alguna [...].

Por outro lado, quanto à forma implícita de superação do precedente, Cross e Harris (2012, p. 156) apontam que se trata de uma possibilidade recente, nos remetendo a passagem de julgado proferido por *Lord Goddard*, de onde se extraí:

Sin importar si un caso ha sido expresamente invalidado o no por una decisión posterior del tribunal que es la última instancia de recurso, si por la manera que dicho caso fue tratado o porque los hechos fueron mirados de una manera totalmente diferente por dicho tribunal, resulta evidente que el mismo considera que tal caso fue decidido equivocadamente, en mi opinión esta Cámara debe entender que dicho caso fue invalidado o derogado sin importar si dicho tribunal no dijo de manera explícita que dejaba sin valor dicho caso.

Já o *undermining*, trata-se este de um “enfraquecimento” do precedente anteriormente firmado em razão de uma decisão prolatada por corte superior em caso distinto, decisão esta que reflete incorreção na interpretação conferida pelo tribunal de apelação no caso que o mesmo utilizou como precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 158).

Contudo, para ficar clara a situação, necessário o exemplo apresentado por Cross e Harris (2012, p. 158):

[...] *el caso Crackett v. Crackett, que fue decidido en primera instancia por el Juez Hodson. [...] en dicho caso se invocó*

precedente establecido por el Tribunal de Apelaciones en Cowen v. Cowen, de acuerdo con lo cual el uso de preservativos y la práctica del coitus interruptus podían considerarse una negativa deliberada del esposo a consumar el matrimonio, basándose en un fragmento de la decisión dictada por el Juez Lushington en el caso C. v. A.

Posteriormente, en el caso Baxter v. Baxter la Cámara de los Lores, con ponencia de Lord Jowitt, sostuvo que el uso de un condón no se consideraba impeditivo de la consumación del matrimonio. [...] Lord Jowitt [...] se ocupó en demostrar que el Tribunal de Apelaciones había malinterpretado la sentencia dictada en el caso D. v. A. (en la cual se había basado al decidir el caso Cowen v. Cowen) debido a que no había tenido en cuenta que en dicho caso la falta de consumación del matrimonio era consecuencia de una malformación.

Desta feita, fica claramente demonstrado o enfraquecimento da decisão proferida no caso *Cowen v. Cowen*, uma vez que no julgamento deste, a partir do precedente estabelecido no caso *D. v. A.* procedeu-se a incorreta interpretação deste último, extrapolando o quadro semântico da norma estabelecida pela inobservância da diferença fática existente.

E aí remanesce uma questão: sendo precedente normativo, um juiz de primeira instância poderia deixar de aplicar a interpretação conferida ao caso *Cowen v. Cowen* pelo Tribunal de Apelações? Veja que a decisão que apontou o equívoco de interpretação na norma precedencial, não aplicou a técnica do *overruling*, retirando a força normativa do precedente.

Mesmo nessa hipótese, tem-se que a resposta é positiva. Não há como obrigar o juízo de primeira instância a aplicar tal precedente, que foi “debilitado” (por não ter sido ab-rogado ou derogado) pela Câmara dos Lordes, justamente pela incorreção no uso precedente; contudo, nada impede que o resultado do julgamento seja idêntico àquele proferido pela incorreta interpretação do precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 158).

Portanto, ao menos para este estudo em razão do recorte metodológico adotado, esses são os principais pontos a serem considerados sobre a temática.

Assim, promover-se-á no próximo item a análise das alterações que foram introduzidas no CPC/15 que inseriu sistema de precedentes “parecido” na tradição do *civil law* arraigada no Brasil, objetivando demonstrar a ausência de qualquer critério pelo legislador para o fazê-lo.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CPC/15

Terrae brasiliis (como diria Streck), recentemente passou por uma das mais profundas alterações em seu sistema processual. O código de processo que estava em vigor desde 1973, fora integralmente alterado com a edição do Código de Processo promulgado no ano de 2015.

Dentre várias alterações e inovações (como pex. a previsão expressa do negócio jurídico processual dentre outras) o legislador de forma inovadora apostou na inserção neste texto, de um sistema de precedentes parecido com o originário da tradição anglo-saxã, quando se observa inequívoca aproximação destas tradições.

Nada que seja novidade, pois como já dito, tem-se observado que países do *civil law* passam a valorizar cada vez mais o *case law* em detrimento do *statute law*, ocorrendo justamente situação inversa com os países da *common law* (CALDAS, 2013, p. 48).

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potência e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de se confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas,

se é verdade que semelhante fenômeno no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, á distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica (CAPPELETTI, 1992, p. 133-134).

A aproximação destas tradições tem sido apontada como a abertura de um luminoso capítulo da história da civilização jurídica. Principalmente esta aproximação do *common law* que se dá no ordenamento brasileiro, que seria decorrente de uma “falência dos postulados do Estado de Direito Legatário”, o que ocasiona uma valoração exacerbada das decisões proferidas pelas cortes de vértice do país, por vezes em detrimento até mesmo ao que é previsto na lei (LEITE, 2007, p. 131)

Já com a EC nº 45 inseriu-se na CRFB a possibilidade do Supremo Federal editar no âmbito de sua atuação, disposições simulares com caráter vinculante (CRFB, art. 103-A) sobre matéria constitucional, abrindo tal fato, largo caminho para que na reforma o CPC, se fizesse inserir no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais, que é uma das características mais marcantes da *common law*.

Com efeito, o legislador ordinário ao promover a reelaboração da *novel* legislação processual, trouxe ao ordenamento nacional aquilo o que se denomina de sistema de precedentes judiciais normativos (havendo aqueles que falem, diante das peculiaridades deste, de um sistema de precedentes à brasileira).

Um dos *standards* levantados por sua implementação, fora a premente necessidade segurança jurídica, reclamo social antigo, diante da inobservância pelo judiciário da própria legislação pátria.

Ávila (2014, 279-29), bem aponta que o aspecto significativo da segurança jurídica, é efetivamente garantir a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade necessária ao ordenamento jurídico, características estas que não seriam vislumbradas na conjectura que se encontrava o ordenamento brasileiro.

Inaugura-se (*in thesi*) um momento processual, no qual a

lei será devidamente interpretada e cumprida, eis que caberia ao STF de acordo com suas atribuições interpretar e zelar pelo cumprimento da CRFB e ao STJ pela legislação ordinária federal; as demais cortes do país, em matérias que estão sob a competência de mencionados tribunais, devem (ou ao menos deveriam), promover estrita observância aos julgados proferidos por estes, para garantir coesão à aplicação do ordenamento jurídico (saliendo a ideia que será oportunamente tratada de que o precedente não é criado precedente).

E isto, pois o país não possuía até então, instrumento que determinasse que as decisões proferidas pelas cortes inferiores, observassem estritamente o fixado pelas superiores (com as exceções citadas da SV e do sistema de recursos repetitivos), prevalecendo em Pindorama (como diria Streck) o livre convencimento motivado do juízo.

Além disso, durante a vigência do CPC/73, padecia o jurisdicionado de dificuldade quanto à previsibilidade da aplicação da norma jurídica na solução da questão proposta, dado o fato de contribuir o livre convencimento para a total ausência de racionalidade, conferindo ao julgador uma carga exacerbada de subjetividade decisional, podendo, pautado nesta subjetividade, eximir-se de eventuais erros ou justificar a diretriz interpretativa adotada para solução da questão que lhe fora posta para julgamento, fator que contribuiu e muito para que os jurisdicionados clamassem por uma solução que retirasse este arbítrio judicial (MARIANONI, 2014, p. 65-69).

Alie-se a tal falta de previsibilidade, o descomprometimento do julgador com a necessidade de formar-se uma visão una do ordenamento, que necessitaria de uma conjugação de esforços convergente ao interesse geral da nação, porém, a “frouxidão do Poder Judiciário” (como denominado por Marinoni), contribuiu de forma contundente para que se formasse uma visão personalista da magistratura, surgindo à figura do juiz Hercules (mas não o mítico juiz descrito na obra de Dworkin), que quer

fazer a todo custo prevalecer sua subjetividade sobre as normas do ordenamento e inclusive contra posicionamento já referendado por cortes superiores (MARINONI, 2014, p. 76-90).

Tratava-se de falta de compromisso sem tamanho destes magistrados com o múnus público desempenhado. Inclusive há uma anedota antiga, que fora ouvida durante uma banca de defesa de dissertação de mestrado, realizada na Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP, em Jacarezinho, contada pelo professor Gelson Amaro de Souza, onde há muito tempo, um juiz de primeira instância após ter recebido os autos do processo em retorno do tribunal, com acórdão proferido, teria despaçado: “hoje sinto um desejo incomensurável de fazer justiça! Por isso, cumpra-se minha sentença”.

Se fato ou mito tem-se que esta visão individualista do “poder” judiciário efetivamente existe e em nada contribuía para a sustentação da ordem jurídica, impedindo que as leis do país fossem enxergadas de forma séria.

Cite-se, para exemplificar, marido e mulher que tem causas semelhantes (para não se dizer idênticas), submetidas ao mesmo julgador e que tem ao final resultados totalmente divergentes. Situações como a narrada vinham ocorrendo diuturnamente, mesmo tendo o magistrado o “[...] dever de tutelar casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade, para o que é imprescindível a racionalidade na distribuição da justiça [...]” (MARINONI, 2014, p. 91).

O sistema brasileiro, padecia de racionalidade. Inclusive Marinoni (2014, p. 91) nesse sentido aponta:

Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz – e, portanto, irracional – quanto menos se respeita a autoridade das cortes de vértice. É claro que vários sistemas de *civil law*, marcados por outras culturas, conservam o poder de o juiz ordinário decidir em desacordo com as Cortes Supremas, mas é interessante perceber que, na nossa cultura, não apenas se afirma abertamente um direito de o juiz decidir de acordo com sua convicção, como ainda se tenta fortalecer o regionalismo [...] mediante uma

suposta autonomia dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para interpretar o próprio direito federal.

A máxima “decido conforme minha consciência”, infelizmente é uma realidade marcante no judiciário brasileiro.

Streck (2013a, p. 24), em livro que busca esclarecer o termo, demonstra essa matiz subjetivista decisional adotada em “*terrae brasilis*”:

[...] Em discurso de posse de novos juízes estaduais em determinada Unidade Federada, a saudação não deixa dúvida acerca do papel do juiz e do processo em *terrae brasilis*, não sendo difícil perceber, de igual modo, a confusão entre o positivismo exegético e o positivismo normativo: “o ‘processo’ não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto, soluciona o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo a letra fria da lei”.

Veja que o doutrinador deixa clara a situação do judiciário brasileiro. No CPC/73, a decisão proferida com tal fundamento fundamentava-se nos termos do art. 131. Tal argumento, inclusive, era utilizado para o absurdo de se justificar equívocos cometidos em sentenças que padeciam de *error in iudicando*, sob o argumento de que o magistrado teria o arbítrio de julgar nos termos de sua consciência, nem sequer pressupondo a ocorrência do *error in procedendo* (STRECK, 2013a, p. 25).

Em razão disso, o “estar compromissado com sua consciência” passa a ser *conditio sine qua non* para o exercício da magistratura, muitas vezes em detrimento a provas factuais, ao passo que permitir-se-ia, *vg.* a valoração de provas de acordo com a consciência do juízo (STRECK, 2013a, p. 25-26).

Por isso, arquitetou-se com a reforma do CPC método que fosse capaz de servir como verdadeiro sistema de “freios e contrapesos” à subjetividade judicial.

Porém, a inserção deste sistema de precedentes no CPC/15 não fora realizada de forma consensual. No curso do projeto nº 8.046/2010 que alterava a codificação processual, a Câmara dos Deputados ofereceu substitutivo ao mesmo

apresentando projeto que possuía um capítulo integralmente destinado ao assunto, denominado “do precedente judicial”, inserindo regramento próprio ao assunto, buscando aprimorar o tema, sendo contudo, extirpado ao retornar ao Senado, tornando-se os precedentes, assunto esparsamente tratado dentro do *códex* (BAHIA, 2015, p. 50-51) de forma pífia, eis que assim o assunto foi o assunto tratado de forma desconexa dentro do texto normativo, em alguns dispositivos que se limitaram a elencar em seu texto a palavra “precedentes”.

Na promulgação do texto, após alterações advindas da Lei nº 13.256/2016, ficou o assunto, reduzido à mera menção nos seguintes dispositivos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Em que pese haja uma aproximação entre as tradições com a promulgação da *novel* legislação, verifica-se que esta é

um tanto quanto superficial, não tendo o legislador ordinário se atentado às nuances do sistema de precedentes existentes na tradição do direito inglês.

Assim, passar-se-á no próximo item a promover uma análise crítica da inserção destes sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, para com isso demonstrar a sua inviabilidade se não aprimorado o instituto em *terrae brasilis*.

3 UMA CRÍTICA A SISTEMÁTICA ATUAL DOS PRECEDENTES NO CPC/15

Como dito, os precedentes judiciais foram inseridos no ordenamento jurídico processual objetivando de forma precípua solucionar a indeterminação do direito, causada por atos personalistas que demonstram total descompromisso do julgador com a própria lei, a fim de implementar a segurança jurídica.

A máxima do “decido conforme minha consciência” tornava-se justificativa para tudo, transformando-se em verdadeira “katchanga real” para solucionar qualquer tipo de caso, havendo ou não normas aplicáveis à espécie.

Partindo da ótica da tradição, coerência e integralidade do próprio ordenamento jurídico, justificar-se-ia a inserção em *terrae brasilis* de um sistema de precedentes judiciais, que até certo ponto, se tornaria viável em garantir o conhecimento do espectro de aplicação da norma jurídica a casos que se deram da forma “a” ou “b”.

Porém, tratando-se de instituto decorrente da *common law*, possui por premissa básica a solução de casos a partir de norma não escrita. Desta feita, a aplicação de tal sistema decorre de uma tradição jurídica, estabelecida em um acultramento processual, que parte de uma premissa maior: a relevância das decisões proferidas pelas cortes superiores em observância à segurança jurídica e coerência do sistema.

Este é o primeiro problema deste *novel* instituto no

ordenamento brasileiro. Ao aportar em terras brasileiras, depara-se com uma ideologia personalista regionalizada (MARINONI, p. 76-91), que tem por premissa básica, justamente o inverso fazendo com que se implemente, verdadeira queda de braço entre as instâncias judiciais brasileiras.

Não é qualquer novidade para aquele que milita na advocacia o fato de que, por vezes, juízes de primeiro grau deixam de observar deliberadamente as decisões firmadas por instâncias superiores em casos antecedentes.

Com isso, inicialmente era necessário para que haja verdadeira implementação deste instituto no país, promover um aculturamento social para que se compreenda a importância de se estabelecer uma tradição pela coerência e integralidade do ordenamento. Se o ensino jurídico no país permanecer tal como está, jamais haverá a implementação dos preceitos de coerência e integralidade do ordenamento a partir da aplicação de uma teoria dos precedentes.

Necessário abrir um rápido parêntese, objetivando trazer a lume constatação realizada por Filippo (2012), justamente neste ponto, ou seja, na questão do ensino jurídico voltado para concretização de uma tradição jurídica, na formação de um ordenamento coeso e íntegro.

De acordo com o doutrinador, constata-se que no Brasil, [...] Um aluno [...], em seu primeiro dia de aula no Curso de Direito, já estuda Direito Civil, por exemplo, iniciará seus estudos a partir da leitura da Lei de [Introdução às Normas de Direito Brasileiro], para adentrar, em três ou quatro aulas, no estudo pormenorizado dos artigos do Código. Irá estudar, portanto, normas gerais e, a partir delas, formará seu raciocínio jurídico. Portanto, ao elaborar uma peça, um parecer ou uma decisão, seu pensamento, na tradição do Civil Law, tende a ser sob forma de um silogismo: a premissa maior é a lei, a premissa menor o caso concreto e a conclusão é a solução almejada (FILIPPO, 2012, p. 102).

Já em um país que possui a tradição da *common law* (apontando que a pesquisa do doutrinador se deu por base no

sistema norte-americano), o doutrinador aponta que:

[...] um aluno que inicia seus estudos em uma Faculdade de Direito dos EUA, por exemplo, em seu primeiro dia de aula dificilmente lerá algum artigo de lei Seu estudo dar-se-á a partir de um caso, interpretando-o e extraindo dele (ou de um conjunto de casos) a regra jurídica a ser aplicada. Portanto, quando ele for elaborar uma peça processual, um parecer ou uma decisão, seu pensamento estará voltado, precipuamente, para julgado sobre casos idênticos ou semelhantes, obtendo-se, pois, de uma situação análoga, a regra que pretende subsumir da determinada hipótese (FILIPPO, 2012, p. 102).

Assim, o problema se inicia na formação jurídica dos atores do direito, uma vez que a atual conjectura educacional do direito não faz com que o aluno, durante seu curso, construa o ideal de integralidade e coesão do ordenamento, fundado na observância de precedente judicial.

Porém a questão não se limita a este ponto.

O Brasil, antes da inserção deste sistema de precedentes judiciais, já possuía organizado (se é que assim possa se dizer) dentro de seu contexto jurídico, um sistema jurisprudencial, constituído por decisões reiteradas proferidas por uma corte em determinada matéria, além de um sistema de súmulas vinculantes, estabelecido constitucionalmente.

Ao inserir o sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, o legislador faz uma verdadeira “salada” com tais institutos, eis que nos dizeres de Porto (2016, p. 54), o legislador “[...] parece confundir os institutos do precedente e da jurisprudência hierarquizando estes institutos, conforme consta na exposição de motivos [...]”.

Streck (2013b), também trata (e muito bem) desta questão, ao apontar que há uma inequívoca confusão pelo legislador dos institutos do precedente judicial e da súmula vinculante.

Sabe-se que entre tais institutos existe uma diferença básica: o precedente não nasce precedente. O Brasil padece de uma grande dificuldade de compreender tal fato já que se possui a ideia que a decisão é proferida para dali por diante, orquestrar o

juízo de casos semelhantes, o que não se coaduna com o ideal traçado no direito inglês.

Streck (2013b, p. 80), bem analisa a questão:

Não esqueçamos: no *common law*, o precedente serve para resolver um caso passado; aqui as súmulas (ou os demais ementários jurisprudenciais) “servem” indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros (novamente, mais um elemento que aponta para a não similitude entre precedente e súmula).

Além disso, há uma aplicação mecânica do enunciado sumular (seja vinculante ou não) para resolução de casos, enquanto que o que vincula a decisão é, efetivamente, a *ratio decidendi* extraída da decisão proferida em julgamento anterior; porém prática decisória brasileira faz com que se arrefeça “[...] hermenêuticamente ou em vista da subalterna subjugação aos textos legislados precisos ou ainda diante da precisão formulada pelos tribunais quando da regência das normas jurídicas indeterminadas” (STRECK, 2013b, p. 83).

Assim, além de um amadurecimento do ensino jurídico, necessário um amadurecimento na própria aplicação deste sistema de precedentes, para que não haja erros e confusões metodológicas com sua interpretação equivocada e confusão com os demais institutos que já existiam no direito brasileiro, o que resgata novamente a necessidade de um acultramento jurídico-social pela matéria em questão.

A doutrina deve promover este amadurecimento, ao aprofundar o estudo do tema. O ideal (que não se sabe se será alcançado, mantendo-se o Brasil na perspectiva da *civil law*), seria aproximar-se o quanto mais possível do sistema de precedentes anglo-saxão, principalmente no que pertine a força vinculante do precedente.

Outra questão que vem gerando certo debate (principalmente questionamentos de classe) seria a intervenção do legislativo no poder judiciário, ao passo que o judiciário estaria sendo “obrigado” a utilizar a *ratio decidendi* de um caso precedente

para solução de casos subsequentes, por meio de lei ordinária (CPC/15), enquanto que a CRFB, firmaria o livre convencimento motivado do juiz para decidir questões que lhe sejam postas em julgamento.

Streck (2013c) aponta ainda uma violação inversa à citada, sendo que para este o legislativo teria cometido “[...] 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”.

Não obstante, a inserção dos precedentes no CPC, colocou “[...] abaixo o princípio da legalidade na teoria da interpretação [...]” ao passo que o julgador não mais estaria, necessariamente (ao se utilizar de forma efetiva a técnica de precedentes, preconizada no direito inglês), obrigado a aplicar a letra da lei, promovendo inclusive, verdadeira “emenda constitucional”, alterando o disposto no inc. II do art. 5º, que passaria a ter a seguinte redação: “[...] os juízes não serão obrigados a decidir não em virtude dos precedentes [...]” (STRECK, 2013c).

Silogismos a parte, o que na verdade se tem é uma situação completamente inusitada. Não pela aproximação das tradições, mas sim, pelo total despreparo que se tem no país em aplicar o instituto, despreparo este que se dá não pela ausência de seu conhecimento, mas sim pela ausência de conhecimento do próprio direito e da teoria do ordenamento jurídico.

Recorra-se a Bobbio (1999, p. 71-114) para compreender a definição de sistema jurídico estático e dinâmico, a fim de compreender que o sistema jurídico possui a obrigação de ser coerente não como condição de validação do ordenamento, mas sim como condição de efetivação de justiça.

Partindo de tal premissa, tem-se que somente a inserção deste sistema de precedentes não se demonstra suficiente para trazer ao ordenamento a coerência necessária. Habermas (2003, p. 246), bem aponta que não basta que o ordenamento jurídico

baseie-se em casos precedentes para solver questões que são postas em julgamento, sendo necessário, ainda, haver racionalidade nas decisões proferidas.

Aponta o doutrinador:

De um lado o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações tem que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento (HABERMAS, 2003, p. 246)

E continua o alemão:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção (HABERMAS, 2003, p. 247).

Assim, as decisões proferidas em nosso ordenamento não carecem somente de coerência e integralidade que desaguardariam na segurança jurídica suscitada em Habermas, mas também, na necessária correção, ao passo que devem ser fundamentadas racionalmente com vistas serem efetivamente aceitas.

Logo, se faria necessário promover a análise da teoria da hermenêutica jurídica, do realismo e do positivismo jurídico (propostas inclusive por Habermas) para aprofundar o entendimento da afirmação que se faz de acordo com os ensinamentos do doutrinador alemão, porém, o espaço restrito do presente estudo não nos permite realizar tal análise.

Contudo para o momento, basta ter-se a compreensão de que o sistema de precedentes inserido pelo novo CPC/15, ainda não é adequado ao que se propõe, necessitando de grandes

reflexões, de modo com que se aproxime da forma mais efetiva possível do existente na tradição do direito inglês. Em que pese louvável a ideia, os atores do judiciário ainda não estão aptos a trabalhar com a necessidade de recorrer a um “direito consuetudinário” para fundamentar suas decisões, com total desapego legalista, ao passo que sequer estão aptos a aplicar a própria lei de forma efetiva.

Logo o sistema de precedentes à brasileira criado no CPC/15, não está apto a implementar a segurança jurídica necessária, enquanto as decisões não forem proferidas de forma racional e partir da premissa da necessária vinculação da *ratio decidendi* e não meramente a vinculação do grau de autoridade que proferiu a decisão.

Portanto, tem-se a frente um longo e árduo caminho a ser percorrido no amadurecimento do instituto.

CONCLUSÕES

Como visto, com a alteração do CPC/73, entrou em vigência no Brasil o CPC/15, trazendo ao país uma das maiores características da *common law* ao ordenamento brasileiro, qual seja, o sistema de precedentes judiciais.

Ocorre que se tratando o sistema de precedentes que se funda na utilização do *case law*, tem por premissa básica a necessidade de se estabelecer regras e princípios em caso antecedente para que sejam posteriormente, após a análise da vinculatividade de seus argumentos, aplicadas em casos semelhantes.

Porém, o Brasil funda-se no sistema da *civil law*, que possui por premissa a aplicação do direito codificado como meio de solução dos casos em julgamento. Não bastasse, no judiciário brasileiro há uma regra implícita que demonstra determinado grau de regionalização do entendimento das cortes, mesmo em detrimento ao entendimento firmado pelos tribunais de vértice do país.

Com isso, ao haver a alteração do CPC, com a inserção do sistema de precedentes, *terrae brasilis* passou por uma das mais profundas alterações em seu sistema processual.

Justifica esta alteração o fato do ordenamento brasileiro, padecer de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, fator que decorre do excesso de subjetividade nas decisões judiciais, eis que a máxima do “decido conforme minha consciência” infelizmente é uma realidade marcante no judiciário brasileiro.

Por isso, arquitetou-se com a reforma do CPC método que fosse capaz de servir como verdadeiro sistema de “freios e contrapesos” à subjetividade judicial.

Porém a inserção de tal sistema no ordenamento jurídico nacional fora feito sem observância a qualquer critério, afastando-se e muito das premissas que o instituto possui no direito inglês que é a origem do sistema de precedentes, fato que faz o instituto ser (e muito) criticado, ao ponto de se falar em um sistema de precedentes à brasileira.

Para se falar na viabilidade de um sistema de precedentes em nosso ordenamento, é necessário promover amadurecimento jurídico-social, especialmente pela necessidade de se ter um ordenamento íntegro, coerente e calculável, bem como para própria aplicação deste sistema, para que não haja erros e confusões metodológicas com sua interpretação equivocada e confusão com os demais institutos que já existentes no direito brasileiro.

O ideal (que não se sabe se será alcançado, mantendo-se o Brasil na perspectiva da *civil law*), seria aproximar-se o quanto mais possível do sistema de precedentes anglo-saxão, principalmente no que pertine a sua força vinculante.

Contudo para o momento, basta ter-se a compreensão de que o sistema de precedentes inserido pelo novo CPC/15, ainda não é adequado ao que se propõe, necessitando de grandes reflexões, de modo com que se aproxime da forma mais efetiva possível do existente na tradição do direito inglês. Em que pese

louvável a ideia, os atores do judiciário ainda não estão aptos a trabalhar com a necessidade de recorrer a um “direito consuetudinário” para fundamentar suas decisões, com total desapego legalista, ao passo que sequer estão aptos a aplicar a própria lei de forma efetiva.

Logo o sistema de precedentes à brasileira criado no CPC/15, não está apto a implementar a segurança jurídica necessária, enquanto as decisões não forem proferidas de forma racional e partir da premissa da necessária vinculação da *ratio decidendi* e não meramente a vinculação do grau de autoridade que proferiu a decisão.

Portanto, tem-se a frente um longo e árduo caminho a ser percorrido no amadurecimento do instituto.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 38-71, jan./jun. 2015. Disponível em: < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=28>>. Acesso em: 02 set. 2016.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras*

- jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado*. 2013. 205f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CROSS; HARRIS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PORTO, Giovane Morais. *Da hermenêutica aos precedentes judiciais: legitimação da forma jurídica e o poder disciplinar*. 2016. 87f. Trabalho de Curso ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília/SP, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.
- _____. *O que é isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora,

2013b.

_____. *Senso incomum*: Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*. 2013c. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. *Senso incomum*: STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>>. Acesso em: 06 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes judiciais*: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Os precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, [?].