

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Francisco Tosetto da Silva

O PRECEDENTE DO SISTEMA *COMMON LAW* E  
SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Passo Fundo

2017

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

Francisco Tosetto da Silva

O PRECEDENTE DO SISTEMA *COMMON LAW* E  
SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Ilton Norberto Robl Filho.

Passo Fundo

2017

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicação do sistema de precedentes do Common Law no sistema jurídico brasileiro, tentando esclarecê-lo e apresentando motivos e hipóteses para o uso do mesmo como solução para a falta de segurança jurídica e estabilidade do sistema brasileiro, principalmente no aspecto das decisões judiciais. Começando pela apresentação dos sistemas Civil Law e Common Law, bem como seu desenvolvimento histórico e características essenciais, apontamos a tendência atual dos sistemas jurídicos usarem institutos de um do outro. Apresentamos também o sistema de precedentes, sua história, evolução e características de como se forma um precedente e através de quais ferramentas. Encerramos apresentando as fontes da lei brasileira para a aplicação de precedentes, a confusão na sua aplicação no sistema jurídico do país, e, por fim, exploramos as vantagens do uso de um sistema de precedentes amplo e como o mesmo poderia ajudar a trazer segurança e estabilidade jurídica a justiça brasileira.

**Palavras-chave:** Civil Law, Common Law, Precedentes, História, Desenvolvimento, Ratio Decidendi, Obiter Dictum, Distinguishing, Overruling, Superação, Segurança Jurídica, Estabilidade.

## ABSTRACT

The present research has as objective to analyze the application of the precedent system from Common Law in the Brazilian judicial system, trying to clarify it and presenting motives and assumptions to its use as a solution for the lack of stability and legal security of the Brazilian system, mainly on the judicial decisions aspect. Starting by the presentation of the Civil Law and Common Law systems, as well as its historical development and essential features, we point the current tendency of judicial systems to use institutes from one another. We also present the precedent system, its history, evolution and features of how to form a precedent and by which tools. Ending by presenting the Brazilian law sources to precedent application, the confusion in its application on the country law system, and, at last, we explore the advantages of using a broad precedent system and how it could help in bringing stability and legal security to Brazilian justice.

**Keywords:** Civil Law, Common Law, Precedent, History, Development, Ratio Decidendi, Obiter Dictum, Distinguishing, Overruling, Legal Security, Stability, Brazilian Law.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1</b>	<b>OS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW .....</b>	<b>5</b>
1.1	O sistema Civil Law .....	5
1.2	O sistema Common Law .....	11
<b>2</b>	<b>O SISTEMA DE PRECEDENTES .....</b>	<b>18</b>
2.1	Introdução, Nascimento e Evolução Histórica .....	18
2.2	O Sistema Moderno de Precedentes .....	24
2.3	A Ratio Decidendi .....	26
2.4	O Obiter Dictum .....	28
2.5	O Distinguishing.....	29
2.6	O Overruling (Superação) .....	30
<b>3</b>	<b>A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL .....</b>	<b>33</b>
3.1	Fontes e o uso do Sistema de Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	33
3.2	Problemas no Modo de Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.....	39
3.3	Motivos para seguir precedentes .....	42
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## Introdução

O crescente uso da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos trouxe frequentes mudanças e novidades na aplicação do direito e nas decisões judiciais, a sua maior valorização muda aos poucos a forma da lei brasileira, o que se verifica com veemência no novo Código de Processo civil brasileiro de 2015, o qual, em sua redação, trouxe o sistema de precedentes, nascido no sistema common law, ao direito romano-germânico brasileiro.

No primeiro capítulo iremos apresentar a história de ambos sistemas, Civil Law e Common Law, respectivamente, suas principais características e mudanças ao longo da história, criando a base de conhecimento necessária para bem entendermos a situação atual.

Já no segundo capítulo, abordamos a história e as características dos precedentes, veremos que o mesmo não nasceu com o sistema Common Law, e sim, nasceu como uma ferramenta de segurança jurídica e estabilidade do ordenamento.

O terceiro capítulo aborda, primeiramente, as fontes de precedentes previstas na legislação brasileira e as formas ampla e estrita dos precedentes, na sua segunda parte falaremos sobre os problemas no modo de aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro por ainda não ter familiaridade e experiência com precedentes, sua história e funcionamento, por último, encerraremos argumentando sobre o porquê de se usar um sistema amplo de precedentes e como, através das teorias expostas, o mesmo pode trazer a segurança e estabilidade jurídica que cada vez mais parecem distantes da justiça brasileira.

## 1 OS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW;

Começaremos a presente pesquisa com uma apresentação dos sistemas Civil Law e Common Law<sup>1</sup>, sendo o primeiro o sistema utilizado no Brasil.

Estabelecendo os fundamentos históricos essenciais de cada sistema poderemos ter uma visão de maior amplitude sobre o assunto da presente pesquisa, para que, diferente dos problemas enfrentados no ordenamento jurídico brasileiro atualmente, termos perceptividade e olhar analítico sobre os aspectos culturais e históricos que possibilitaram o bom funcionamento do precedente em seus países de origem.

### 1.1 O sistema Civil Law;

O sistema Civil Law tem seu nascimento de forma geral remetido ao direito Romano-Germânico, onde o direito escrito começou a ser fortemente utilizado, com base em códigos de normas e condutas a serem seguidos de forma rígida e sem permissão de sua interpretação.

Podemos ir até mais longe, levando como base que a estrutura jurídica romana teve seu início em doze tábuas anotadas sobre o sistema Grego no qual fora inspirada, logo, seu fundamento primordial já nascera escrito.

Primeiramente, para o entendimento de ambos sistemas, Merryman e Pérez-Perdomo explicam<sup>2</sup> que, tradições jurídicas, como o termo implica, não são uma série de leis sobre contratos, corporações e crimes, mesmo que tais regras quase sempre serão, de certo modo, reflexos de tais tradições. Pelo contrário, são uma série de atitudes condicionadas, com raízes profundas e históricas, sobre a natureza da lei, o papel da lei na sociedade e formas de governo, a correta organização e operação de um sistema legal e sobre como a lei é, ou deveria ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada. A tradição legal relacionada o sistema legal com a cultura da qual é uma expressão parcial.

---

<sup>1</sup> Trataremos Civil Law e Common Law no presente trabalho utilizando o pronome masculino, por utilizarmos a expressão “o sistema”.

<sup>2</sup> “A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression, It puts the legal system into cultural perspectives.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007. p. 1.

Ela coloca o sistema legal em perspectivas culturais.

Ou seja, por mais sistemas possuidores de leis escritas ao longo da história, o nascimento do Civil Law é atrelado ao direito Romano-Germânico de Roma, pois foram as origens civilistas, atreladas às tradições culturais dos romanos, que trouxeram o início dos modelos usados até os dias de hoje, escrito, e tentando prever e regular o máximo de situações da vida civil de sua sociedade.

Dos pontos históricos marcantes do sistema, deve-se apontar o Corpus Juris Civilis, compilação aplicada pelo Imperador Justiniano no século VI, o qual fora elaborado em um momento no qual o Direito Romano Clássico decaía e sofria mudanças constantes, com o intuito de solucionar as inúmeras divergências nas interpretações do Direito de sua época.<sup>3</sup>

Também por conta da enorme expansão do império romano, e a queda do império do ocidente, a cultura jurídica e social romana mesclou-se com toda a europeia, pois conquistara grande parte do continente, assim, buscava-se unificação e segurança para o império, Justiniano viu no Corpus uma possível solução para alguns dos problemas do império.

Claro que pelo próprio dogma do sistema, não ser possível a interpretação e o mesmo não prever todas as situações da realidade, o tamanho territorial e diversidade cultural do império também afetava sua influência e poder, além da época em que a comunicação e fiscalização apresentavam mais dificuldades de serem efetuadas, principalmente em aspectos de regulamentos laicos.

O sistema Romano-Germânico atual é um produto de evolução do sistema jurídico da antiga Roma, tendo mudado em grande parte seus conceitos e regramentos, inspirada também em outras fontes além do direito romano, tornou-se uma evolução, e não cópia, do mesmo<sup>4</sup>.

No momento, tal sistema é um dos mais difundidos pelo mundo, tendo conquistado toda a América Latina, bem como grande parte da África, leste asiático, entre outros. Deve-se parte dessa expansão às colonizações e a facilidade que a técnica da codificação deu a sua recepção.<sup>5</sup>

A noção de que as relações privadas deveriam ser controladas através de leis

---

<sup>3</sup> PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e Aplicação do Novo Código de Processo Civil*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo. 2016. p. 24.

<sup>4</sup> DAVID, René; BRIERLEY, John E. C.; *Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to The Comparative Study of Law*. Ed. 1. The Free Press, 1978. New York, p. 31.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

nasceu no direito romano, e ressurgiu em meados do Século XII com o movimento para diminuir a anarquia e arbitrariedade dos últimos séculos, principalmente por conta da ideia de diminuir poderes monárquicos.

Tal movimento gerou a noção de que a sociedade secular, isto é, com normas não regidas pela religião, deve ser fundada em leis, e tais devem permitir a ordem e o progresso naquela sociedade.<sup>6</sup>

O novo sistema que surgia nos séculos XII e XIII não era uma afirmação de poder político, muito menos o efeito de centralização trazido por uma autoridade soberana. Assim o sistema Romano-Germânico difere do desenvolvimento do Common Law na Inglaterra, o qual estava diretamente ligado com o progresso do poder real e a existência de fortes cortes reais centralizadas. Muito diferente do observado na Europa continental, onde o sistema Romano-Germânico firmou-se em tempos em que não apenas não havia uma unidade política europeia, mas a própria ideia do contrário beirava apenas a imaginação.<sup>7</sup>

A tamanha influência do Corpus Juris Civilis pode ser observada na nomenclatura do sistema Civil Law, o qual deriva diretamente da influência civilística presente do direito Romano-Germânico, a qual está presente nas divisões que hoje temos nos Códigos de Direito Civil, pois o Corpus possuía cinco principais capítulos, os quais versavam sobre direito das pessoas, de família, sucessões, propriedade e obrigações, este último contendo regras sobre negócios jurídicos e responsabilidade civil, além de outros capítulos com menos atenção.<sup>8</sup>

Justiniano, na intenção que tinha, proibiu a interpretação e comentários do Corpus, sendo a compilação o instrumento a ser usado para a resolução de qualquer caso jurídico, proibição esta, que mesmo em sua época não possuiu efeito completo, pois, como fica claro, a aplicação fria da lei sem interpretação sempre fora um dogma do sistema, assim, intrinsecamente o Corpus perdia força, até ser mesclado no direito dos invasores

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>7</sup> “The germination of the Romano-Germanic system which took place in the twelfth and thirteenth centuries was in no way a result of the affirmation of a political power, nor the effect of centralization brought about by a sovereign authority. The Romano-Germanic system thereby differs from English law where the development of the Common law was bound up with the progress of royal power and the existence of strongly centralized royal courts. Nothing similar is observed in continental Europe. On the contrary, the Romano-Germanic system asserted itself at a time when there was not only no European Political unity but when even the very idea that it might, or should, be otherwise bordered on the fanciful.” Ibidem.

<sup>8</sup> PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e Aplicação do Novo Código de Processo Civil*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo. 2016. p. 24.



germanos ao fim do Império Romano.<sup>9</sup>

Assim, durante o período medievo, o sistema Romano-Germânico pouco se desenvolveu, perdendo-se em meio ao direito medieval, mas recuperado pela retomada intelectual ocorrida na Baixa Idade-Média, onde, na primeira universidade europeia, em Bolonha, na Itália, os estudos acadêmicos, visando um direito fora da influência bárbara, local ou dos comerciantes, passou-se a estudar e difundir os estudos sobre o Corpus Juris Civilis.<sup>10</sup>

Até o final do século XI, a Europa Ocidental se pautou principalmente no código do Imperador Teodósio e suas simplificações como textos oficiais da legislação romana, e sob essa luz desenvolveu vários costumes romanos locais. Então, em meados do início do século XII, o Corpus Juris Civilis de Justiniano, que fora criado um século mais tarde que o código de Teodósio, começou a ser estudado na Itália, onde tomou parte naturalmente na grande renascença que acontecia em vários ramos culturais, ajudado, sem dúvida, pela nova prosperidade material das cidades italianas.<sup>11</sup>

Porém, como William Pugliese bem denota, a própria interpretação acadêmica do Corpus ia contra o princípio sobre o qual fora compilado:

Como se sabe, em torno do Corpus formaram-se inúmeras escolas de pensamento que procuravam explicar as compilações do Imperador. Esse fato é, no mínimo, curioso, pois ao se admitir a discussão e a interpretação das normas, a regra da não elaboração de comentários acerca do diploma era violada.<sup>12</sup>

Logo, por ter sido difundido na primeira universidade europeia, fora espalhado novamente por toda a Europa, onde se tornou a tradição jurídica mais disseminada e importante do ocidente<sup>13</sup>, afetando também a tradição do Common Law, como apontam

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 24-25.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> “Until the close of the eleventh century, Western Europe had relied principally upon the Theodosian code and abridgments of it for an official text of Roman law, in the light of which it developed its various local Roman customs. Early in the twelfth century the great Corpus Juris Civilis of Justinian, which came a century later than that of Theodosius, began to be studied in Italy, where it took a natural part in the great revival then going on in various branches of culture, assisted no doubt by the new material prosperity of the Italian cities.” PLUCKNETT, Theodore. *A Concise History of the Common Law*. Liberty Fund Inc.. Edição do Kindle. 2013. (Locais do Kindle 7024-7028).

<sup>12</sup> PUGLIESE, William. Op. cit, p. 25-26.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 26.

Merryman e Pérez-Perdomo:

Com frequência se afirma que o direito romano foi a maior contribuição de Roma à civilização ocidental, e os modos de pensar romanos perpassaram os sistemas jurídicos ocidentais. Neste sentido, todos os juristas ocidentais são juristas romanos. Nos países da civil law, entretanto, a influência do direito civil romano é muito mais disseminada, direta e concreta do que no mundo da common law.<sup>14</sup>

Como aponta John Glissen<sup>15</sup>, a ciência desenvolvida pelos professores das universidades era de um direito teórico e erudito, a qual tinha mais semelhança com o direito romano do que com os direitos positivos locais da época. Ainda aponta as seguintes vantagens para este direito: Era um direito escrito, em oposição à maioria dos direitos consuetudinários na época, comum a todos, tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental, de maior completude que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos mesmos, e, mais evoluído, pois elaborado com base em um direito de uma sociedade mais desenvolvida.

Com tal difusão, o sistema se expandiu ao longo dos séculos, chegando, no século XIX, a mais um episódio marcante em sua história, a Revolução Francesa, influenciada e ocorrida logo após a Revolução Americana.

Anteriormente a Revolução na França, os juízes franceses aplicavam o direito e a lei apenas beneficiando a si mesmos, o que freava qualquer tipo de progressividade legislativa. Assim, Montesquieu, que descendia de uma família de magistrados e abandonou o cargo, desenvolveu um modelo de Estado que pregava a conhecida separação dos poderes.<sup>16</sup>

Na ideia de Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a “boca da lei”, não podendo interpretar a legislação tampouco criar direitos, devendo apenas seguir as leis criadas pelo Legislativo, o qual possuía exclusivamente a função de criar leis, e, esperava-se, que as mesmas regulassem todas as hipóteses de conflitos e situações, assim crescendo a força

---

<sup>14</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007. pg 1.

<sup>15</sup> GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed. Tradução António Manuel Hespanha. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 203.

<sup>16</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 27.

dos códigos.<sup>17</sup>

A ideia de separação dos poderes trouxe tanta responsabilidade exclusiva aos mesmos que esquecera das limitações de tais aspectos, problemas que o próprio Justiniano enfrentara com o *Corpus Juris Civilis*, o direito evolui constantemente com a sociedade na qual ele se aplica, pois é intrínseco dela, não podendo ignorar os fatos da realidade, sejam eles fáticos ou da própria imaginação.

Assim, o sistema do Civil Law clássico se tornou, com a extinção de sistemas monárquicos e anárquicos ilimitados, mais incompleto do que nunca, pois passara a cada vez menos acompanhar a realidade, deixando os juízes de hoje em uma posição desconfortável, vez que o sistema o faz olhar para a lei em primeiro lugar, tornando o direito material, o caso a ser resolvido, um acessório ao processo.

Tal modelo de sistema trouxe consigo a percepção que o juiz não teria poder de criar, e, teve grande influência em todos os países seguidores das ideias da Revolução Francesa que possuíam, ou vieram a utilizar, a tradição jurídica Romano-Germânica. No entanto, os países que utilizam o sistema Civil Law, inclusive o Brasil, perceberam em sua prática judicial que a teoria de Montesquieu e o sistema criado pós Revolução não mais possui compatibilidade com os problemas dos sistemas jurídicos atuais, na forma que obter uma completude das situações reais codificadas é, até o momento, impossível.<sup>18</sup>

Porquanto os casos muitas vezes não se inserem em uma norma específica, pois é impossível o legislador, ou o grupo de pessoas que cria tais códigos, prever todas as relações humanas que podem ocorrer em uma sociedade, sendo quanto mais volumosas as interações humanas mais provável a escassez das normas.<sup>19</sup>

Assim, ficam visíveis as aproximações dos sistemas, como é o caso da presente pesquisa, onde o sistema de precedentes, nascido no sistema Common Law, passou a ser inserido no sistema jurídico brasileiro, porém de forma limitada, e, ainda juvenil em sua compreensão e uso, pois perde força em meio a desorganização atual do ordenamento jurídico do país e por ainda ter de se esgueirar em meio a fortes tradições do sistema Civil Law inspirado em modelos europeus, conforme situações a serem demonstradas no terceiro capítulo.

Logo, a tendência nos sistemas de Civil Law, é a tentativa do Juiz em encaixar ou

---

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 28.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Este é um dos vários motivos da atual fase do direito mundial onde os sistemas começaram a se complementar.

adaptar o caso que julga à lei, julgando-o sob o prisma dos códigos escritos, como olhar para o caso através de uma lente, o problema do sistema é que tal lente normalmente limita a visão do juízo.

## 1.2 O Sistema Common Law:

O sistema Common Law, da tradição anglo-saxã, tem origens antigas e esparsas<sup>20</sup>, porém, se analisarmos um ponto crucial de nascimento, o mesmo seria remetido ao ano de 1066, quando os normandos conquistaram a Inglaterra<sup>21</sup>, trazendo ao país as suas formas de governo, centralizando o poder com sua experiência administrativa e iniciando o feudalismo na Inglaterra sem a utilização de códigos ou leis escritas, o que virá a ser a maior diferença do presente sistema para com o Civil Law.<sup>22</sup>

Ainda que a Inglaterra tenha sido ocupada pelo Romanos muitos séculos antes, o seu contato com a tradição Romano-Germânica fora pequeno e não estabelecido, pois o mesmo viera com os romanos, fora aplicado, e retornou com os mesmos, como explica de forma mais aprofundada o historiador F.J Haverfield, o elemento dominante dos Romanos na ilha bretã eram seus postos e guarnições militares, mas deixaram pouco em marcas permanentes na sociedade. Apesar das ruínas romanas, como era de seu costume, suas guarnições pouco fizeram em relação a difundir a cultura romana na ilha. Mesmo que fora de seus fortes houvessem assentamentos com mulheres, comerciantes e velhos soldados, dificilmente algum transformou-se em cidade, nem mesmo as guarnições parecem ter afetado o caráter racial da população Romano-Britânica.<sup>23</sup>

Logo, com a grande invasão bárbara que atravessou o Rio Reno, intercalando os

---

<sup>20</sup> O sistema conhecido como Common Law nasceu na Inglaterra, porém o uso das práticas de julgamento do sistema tem origens na história dos povos normandos que se estabeleceram e o trouxeram ao país.

<sup>21</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 33.

<sup>22</sup> QUEIROZ, Estefânia. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-Paraná, Curitiba - 2011 [Orientadora: Prof. Dra. Katya Kozicki]. Disponível em <http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF> (em 03/04/2017). p. 28.

<sup>23</sup> “From the standpoint alike of the ancient Roman statesman and of the modern Roman historian, the military posts and their garrisons formed the dominant element in Britain. But they have left little permanent mark on the civilisation and character of the island. The ruins of their forts and fortresses are on our hill-sides. But, Roman as they were, their garrisons did little to spread Roman culture here. Outside their walls, each of them had a small or large settlement of womenfolk, traders, perhaps also of time-expired soldiers wishful to end their days where they had served. But hardly any of these settlements grew up into towns. York may form an exception... Nor do the garrisons appear greatly to have affected the racial character of the Romano-British population.” BURY, J.B; HAVERFIELD, F.J. *The Cambridge Medieval History. Vol. I*. The Macmillan Company. New York. 1911. p. 370.

anos de 406 e 407 e a subsequente queda de Roma em si, a Grã-Bretanha cortou seus laços com o Mediterrâneo, e a saída dos romanos logo aconteceu, mas não em pessoas, e sim no fato de que o governo central na Itália não mais enviava seus representantes ou organizava fornecimentos de tropas.<sup>24</sup>

Por mais ou menos dois séculos entre 400 e 600 DC., a Inglaterra fora invadida e colonizada, principalmente, por três tribos, os Anglos, os Saxões e os Jutos, com o estabelecimentos de numerosos reinos diferentes, no mínimo dez deles sabe-se que existiram em datas variadas, e, apesar de o Cristianismo ter aparecido no país ao final da invasão romana, o mesmo fora esmagado pelos bárbaros e foi reintroduzido ao final do período citado anteriormente, mais precisamente no ano de 597 com a chegada de Agostinho de Cantuária na Inglaterra, que estabeleceu a ligação das tribos inglesas com a Igreja Católica Romana<sup>25</sup>.

Com a reintrodução do cristianismo, a organização tribal provavelmente pareceu fraca e desorganizada para os missionários vindos de Estados organizados existentes na Europa, e logo vimos os resultados de seus ensinamentos no maior valor colocado na monarquia e na tendência de maiores unidades nacionais.<sup>26</sup>

Logo, após anos em guerra, as triviais unidades tribais foram substituídas por alguns grandes reinos governados e administrados por reis que observavam os métodos Europeus. Assim, também, eles aprenderam a arte Romana de taxas, e, o advento do clero, significou a introdução de uma nova classe na sociedade inglesa, o que resultou na necessidade de idealizar-se uma nova lei de status para sua proteção, o que, conseqüentemente, resultou na criação de leis no estilo Romano, ou seja, escritas.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> “finally, the Great Raid of Barbarians who crossed the Rhine on the winter’s night which divided 406 from 407, and the subsequent barbarian attack on Rome itself, cut Britain off from the Mediterranean. The so-called ‘departure of the Romans’ speedily followed. This departure did not mean any great departure of persons, Roman or other, from the island. It meant that the central government in Italy now ceased to send out the usual governors and other high officials and to organise the supply of troops.” Ibidem. p. 379.

<sup>25</sup> PLUCKNETT, Theodore. *A Concise History of the Common Law* (Locais do Kindle 1369-1390). Liberty Fund Inc.. Edição do Kindle. 2013.

<sup>26</sup> Tradução nossa: “The results of the re-introduction of Christianity were of the highest importance. The existing tribal organization must have seemed weak and inefficient to the missionaries coming from such well-organised States as existed on the continent, and very soon we see the results of their teaching in the enhanced value placed upon monarchy, and in the tendency towards larger national units.” Ibidem. (Local do Kindle 1398)

<sup>27</sup> Tradução nossa: “After long years of warfare the petty tribal units were replaced by a few large kingdoms ruled and administered by kings who watched European methods. Soon, too, they learned the Roman art of taxation, which consisted in dividing the land into units of equal assessment instead of equal area (calling them in English “hides”).<sup>3</sup> Again, the advent of the clergy meant the introduction of a new class into English society, and so a new law of status had to be devised for their protection. Consequently laws were made, and, “in the Roman style”, were written down.” Ibidem. (Locais do Kindle 1398-1403).

Porém, a maior importância de tal período é que o mesmo trouxe conceitos que o Cristianismo herdou do Judaísmo, e os mesmos se afrontaram com os costumes das tribos inglesas, pois consigo vieram as visões individualistas sobre questões morais, enquanto as visões tribais eram de forma mais grupal e familiar. Porém, a responsabilidade pelas ações gradualmente passou do grupo para os indivíduos que as cometeram, e assim julgados pela Igreja, e mais tarde pela lei.<sup>28</sup>

O ponto principal considerado como nascimento do Common Law são as invasões normandas, especificamente o ano de 1066, ao final do considerado período anglo-saxão na Inglaterra, o qual PLUCKNETT arredonda entre 600 e 1100DC, sendo talvez um dos pontos mais notáveis para este nascimento que a própria palavra “law” (lei) não é inglesa, e sim nórdica.<sup>29</sup>

Com as invasões, e logo colonizações, nórdicas iniciadas no século IX, a conquista de parte da Inglaterra, e mais tarde a dinastia dinamarquesa unificando Inglaterra, Noruega e Dinamarca sobre o reinado do Rei Canuto, o Grande, entre 1016 e 1035, os dinamarqueses deixaram as marcas permanentes na parte do país que ocuparam, principalmente jurídicas e culturais. As quais, mesmo com a ascensão de Eduardo, o Confessor, conhecido durante a idade média como um herói dos ingleses contra a influência normanda, que criou leis como arma contra a dinastia normanda, se mantiveram, inclusive, a proliferação da cultura estrangeira na Inglaterra aumentou imensamente durante seu reinado, e após sua morte em 1066, Guilherme, o Conquistador foi o primeiro rei normando do país, estabelecendo, enfim, a influência normanda na ilha.<sup>30</sup>

O estabelecimento de Cortes Reais pelos normandos substituiu ao longo do tempo as antigas Cortes e regras feudais, em meio a isso, os juízes criaram um novo direito aplicável a todos os cidadãos ingleses, um direito que seria comum a todos, sobrepujando costumes locais, criando, portanto, um *Common Law*, o direito comum a todo o país/reino.<sup>31</sup>

O desenvolvimento jurídico inglês, ao final da Idade Média, seguiu um caminho diferente do resto da Europa Continental no mesmo período. A Coroa e o Parlamento disputavam o poder, enquanto os tribunais e seus magistrados barravam as tentativas da

---

<sup>28</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op. cit., (Local do Kindle 1409).

<sup>29</sup> Ibidem. (Local do Kindle 1419)

<sup>30</sup> Ibidem. (Local do Kindle 1429)

<sup>31</sup> QUEIROZ, Estefânia. Op. cit., p. 29.

Coroa em tentar expandir seus poderes além do estabelecido na tradição jurídica inglesa, no “*Law of The Land*”, tradição precursora da “*Rule of Law*”, normalmente traduzida como “Estado de Direito”.<sup>32</sup>

Como Plucknett aponta, o maior resultado da conquista normanda fora a introdução de métodos ordenados e precisos no governo e legislação da Inglaterra.<sup>33</sup>

Como característica principal, o Common Law, na forma pura, não possui compilação de leis, não possui um código, os países dessa tradição jurídica inglesa dão mais importância a imagem que o direito possui do que as suas regras escritas, no qual os juízes não utilizam tais referências escritas para solucionar disputas entre particulares, seguindo, por exemplo, suas próprias noções de razoabilidade, costume e justiça.<sup>34</sup>

Vista a tradição não escrita criada, o mantimento do poder longe de exageros monárquicos, a tradição do Common Law inglês se tornava mais forte, e era uma forma de manter a cultura do povo ligada a lei.

Assim, pelo fato da região ter sido invadida por normandos e nórdicos, e essa mescla de costumes com os locais terem prevalecido, o direito também refletiu esse modelo de sociedade, o qual não seguia códigos. Porém, como Pugliese demonstra<sup>35</sup>:

[...] a estrutura pura da common law não existe. Desde o seu início, na Inglaterra, as leis escritas exerciam um papel considerável. Atualmente a legislação é uma das principais formas de controle utilizadas pelos países de tradição anglo-saxã como forma de regular os avanços industriais e muitas outras matérias. Assim, a imagem de que o juiz anglo-saxônico cria direito a partir do nada dificilmente representa a estrutura jurídica dos países da tradição de common law.

Claro que a utilização de leis escritas não se compara a importância dada às mesmas no sistema Civil Law, sendo todas as regras criadas questionáveis, o *defeasibility*, possibilidade de que uma norma tenha sua validade questionada, e sua aplicação ser determinada em última instância pelos juízes, destaca essa diferença, tradição que garante ao juiz a modificação necessária para bem solucionar um caso não previsto por um

---

<sup>32</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 33.

<sup>33</sup> “*The greatest result of the Norman Conquest was the introduction of precise and orderly methods into the government and law of England.*” PLUCKNETT, Theodore. Op. cit. (Local do Kindle 1444).

<sup>34</sup> PUGLIESE, William. Op. cit. p. 36.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

legislador. Podendo até se dizer que o principal foco do sistema seja a resolução de conflitos, e a do Judiciário solucionar as disputas entre particulares, assim, já visíveis semelhanças com o sistema Civil Law.<sup>36</sup>

Tal modelo de resolução de conflitos pautava-se por resolver da maneira mais correta e justa, na visão e tradição daquela sociedade, o caso trazido ao julgamento da corte, nascia aí um dos princípios base do sistema Common Law, ter seu foco voltado para a melhor solução do problema, seguindo os costumes e tradições de determinada sociedade.

O sistema de cortes se desenvolveu paralelo ao sistema de *equity*, o qual consistia na possibilidade dos discordantes das decisões recorressem à coroa, que tinha o poder de decidir diferentemente do direito, o que se assemelha às tradições do Common Law, observando o interesse da justiça, e de tais decisões nasciam *writs* (ordens judiciais), as quais eram expedidas a autoridade local, e tais *writs* eram usados para os casos iguais trazidos ao juízo.<sup>37</sup>

Os dois sistemas existiram concomitantemente na Inglaterra por alguns séculos, a Corte da Equidade era apoiada por remanescentes das famílias reais que se opunham ao Common Law, por conta das limitações que causava as mesmas. Porém, por mais que as Cortes de Equidade (*equity*) fosse inspirada no direito romano, com seu processo escrito e secreto (ao contrário do oral e público da tradição do país), acabava por suprir o Common Law quando não havia resolução prévia ou não atendia a sociedade<sup>38</sup>. Os quais, futuramente viriam a ser unificados pelos *Judicature Acts* em 1873 e 1875, os quais deram a competência de aplicação de ambos institutos a todas as jurisdições. Esse contexto, nas palavras de Queiroz:

[...] justifica a estrutura dualista do direito inglês, que ao lado das regras de common law, criadas pelos Tribunais Reais de Westminster (ou tribunais de common law), também apresenta soluções de equity, que vieram a melhorar, aperfeiçoar e completar o common law.

Assim, além de solucionar conflitos, percebe-se a função dos tribunais de

---

<sup>36</sup> Ibidem. p. 36-37.

<sup>37</sup> QUEIROZ, Estefânia. Op. cit. p. 29-30.

<sup>38</sup> Ibidem. p. 30.



enriquecer o ordenamento jurídico com provisões de regras, pois devem suprir a demanda da sociedade que regulam, para que haja segurança jurídica, já que a legislação é incapaz de atingir a completude. Assim, os tribunais cumprem uma dupla função, primeiramente voltando-se ao passado, solucionando conflitos os quais já possuam decisões acerca daquele assunto, bem como, em segundo lugar, voltar-se ao futuro por enriquecer o ordenamento jurídico para a sociedade.<sup>39</sup>

Logo, apesar de uma das maiores diferenças dos dois sistemas ser o direito escrito e não-escrito, por conta do Civil Law apresentar as leis de forma escrita, e a forma jurídica do Common Law ser baseada nos costumes da referida sociedade para as decisões, no estudo aprofundado de ambos os sistemas se percebe que tal afirmação é rasa, pois, ao longo dos séculos ambos sistemas adotaram características um do outro, sendo que no Common Law na Inglaterra, especialmente no século XIX, a lei escrita ganhou enorme importância, e nos Estados Unidos da América a própria constituição é uma lei escrita.

O que acaba por criar o ideal de estabilidade do sistema jurídico, bem como a segurança jurídica para a sociedade, o *stare decisis*<sup>40</sup>, que consiste na determinação aos juízes que respeitem precedentes estabelecidos por decisões anteriores, independente se forem do próprio órgão em que se encontram ou de instâncias e tribunais superiores. Tal instituto não fora estabelecido em lei, e sim por uma necessidade de coerência e igualdade necessária a ordenamentos jurídicos que busquem estabilidade, tratamento isonômico aos jurisdicionados e legitimação das decisões do Judiciário. Assim, tal sistema favorece a sociedade, pois lima a incoerência da falta de equidade de decisões diversas para o mesmo tema, e, inclusive, também os magistrados, pois suas decisões possuem maior legitimidade e menor chance de reforma por conta de respaldos do passado.<sup>41</sup>

Vale ressaltar que assim como o Civil Law, o presente sistema também possui frações do outro, pois deve existir um modo de passar adiante decisões ou entendimentos de determinada sociedade, logo, com mais frequência em tempos atuais, tem-se normas escritas como guia base em diversos assuntos em vários ordenamentos de Common Law.<sup>42</sup>

Portanto, como no sistema Common Law o foco da decisão do juiz é o caso em si, e não a lei, o mesmo busca a melhor forma de solucionar o conflito, o caso em sua

---

<sup>39</sup> PUGLIESE, William. Op. cit. p. 38.

<sup>40</sup> Princípio legal do uso do precedente. Seguir-se uma decisão proferida previamente.

<sup>41</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 47-48.

<sup>42</sup> Países como os Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, possuem leis escritas para regulamentar determinadas áreas, como o sistema tributário.

frente, de forma justa para ambas as partes, e não preocupa-se primeiro em encaixá-lo na lei, como no sistema Civil Law.

Assim, com ambos sistemas apresentados, passamos a falar sobre o precedente, o qual nasceu ao longo da história do presente sistema Common Law.

## 2 O SISTEMA DE PRECEDENTES;

O precedente é hoje uma das maiores marcas e conquistas dos sistemas Common Law, é o modo pelo qual se respeita o passado e se dá segurança ao presente e ao futuro.

Neste capítulo apresentaremos uma parte desta rica história e o funcionamento do mesmo, de forma a nos familiarizarmos o suficiente com precedentes para que possamos discutir sua aplicação em outros sistemas jurídicos, no caso da presente pesquisa, no sistema brasileiro.

### 2.1 Introdução, Nascimento e Evolução Histórica

Um precedente, como nos explica o Professor Neil Duxbury, é um evento passado (na lei o evento é quase sempre uma decisão) que serve como um guia para condutas presentes. Nem todos os eventos passados são precedentes. Muito do que fizemos no passado rapidamente desvanece para a insignificância (ou é por bem esquecido) e de modo algum influencia ações futuras.<sup>43</sup>

Assim, para entender-se os precedentes, precisamos entender também como os eventos passados e condutas presentes vem a ser vistas como conexas. Frequentemente vemos as conexões entre os dois, onde o primeiro consideramos provedor de orientação ao segundo quando ambos são idênticos. Quando fazemos algo que esteja repetindo o mesmo processo de realização de outra situação, é normal que consideremos a mesma como orientadora da atual. Porém, essa relação nem sempre leva a tal orientação, amiúde repetimos ações sem qualquer sentimento de compromisso em executá-las da mesma maneira que anteriormente, em outras palavras, um evento passado pode ser apenas isso, mesmo que a conduta atual o replique.<sup>44</sup>

O sistema de Precedentes, assim como a Common Law, teve sua origem no período medieval, porém, de formas distintas. O mesmo tem sua base fundamental na utilização de decisões anteriores para casos iguais ou semelhantes como fundamentação para que se mantenha a segurança e estabilidade jurídica seguindo os mesmos entendimentos pré-estabelecidos.

---

<sup>43</sup> Tradução nossa: “*A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all.*” DUXBURY, Neil. *The Nature And Authority of Precedent*. Cambridge University Press, New York, 2008. p. 1.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 2.

Os precedentes dessa época nada mais eram do que transcritos, sem razões ou fundamento, dos resultados dos julgamentos. Logo, não se sabia o que o juízo havia arguido, e os mesmos não recorriam a essas decisões como fonte de direito. Apesar do costume dos tribunais em seguirem as decisões, não tinham problema em divergir das mesmas, ou seja, não havia tribunal que aplicasse o *stare decisis*.<sup>45</sup>

Ainda no século XIII, Henry de Bracton fora o primeiro jurista a compilar documentos sobre os julgamentos da época (*Plea Rolls*), com o intuito de fundamentar seu Livro de Anotações (Bracton's Note Book), o qual continha cerca de 2000 casos, e a tentativa de trazer a lei de volta aos seus antigos princípios, pois o mesmo achava que os novos juízes eram inferiores aos antigos, e deveriam seguir as decisões de seus antecessores, por haverem ocupado tais assentos antes mesmo de terem aprendido a lei.<sup>46</sup>

O Livro de Bracton, como sugerido por Plucknett, pode ter despertado o interesse de seus colegas juristas em também manterem anotações de casos, o que pode ter influenciado no aumento do uso de *Year Books* por juízes e operadores do direito, os mesmo eram espécies de relatórios jurídicos feitos por qualquer um que tivesse acompanhado o julgamento, na maioria das vezes juristas, muitos, inclusive, contendo opiniões pessoais, pois era escrito por vontade própria, e, pelo mesmo motivo, não tinham qualquer poder vinculativo, sendo apenas citações, e, na maioria das vezes, por memória.<sup>47</sup>

Claro que, por mais informais que os *Year Books* fossem, os mesmos podem ser considerados os primórdios da ideia de precedentes, tanto que seu crescente uso instigou as cortes para a tendência de uma decisão acarretar outras nas mesmas direções, e, crescentemente nos últimos séculos da Baixa Idade Média, se viu decisões anteriores influenciarem nos julgamentos.

Já em meados do século XV, aproximando-se do fim do uso dos *Year Books*, trazemos as palavras do Chief Justice Prysot, em um caso de Propriedade (*Praecipie quod reddat, Entry*), no *Year Book* 33 do reinado de Henrique VI em 1454<sup>48</sup>, onde nas mesmas já podemos verificar a imberbe ideia de precedentes:

---

<sup>45</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 34-35.

<sup>46</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op cit. (Local do Kindle 7966).

<sup>47</sup> Ibidem. (Local do Kindle 8011).

<sup>48</sup> *Year Book* 33 do reinado de Henrique VI, 1454. Disponível em <https://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/display.php?id=18869> (04/05/2017)

[...] mas agora você contraria as palavras do estatuto, como foi feito no último Parlamento, o que parece estranho para mim, considerando a quantidade de julgamentos que houveram sobre esse caso recentemente contrários a suas opiniões; porque eu sei bem que a causa (de reversão) foi negada doze vezes em nossos livros (Year Books) e com frequência fora arguida e julgada, etc., e do contrário nenhum julgamento exceto nas vezes que o demandante por vontade própria, de bom grado (de gre), fora deixado discutir a causa pela opinião de algum juiz; e se considerássemos a opinião de um ou dois juízes contrários a tantos julgamentos de vários honráveis juízes do outro lado, considerando que tais juízes que julgaram a questão em tempo antigos estavam mais próximos da criação do estatuto do que nós estamos, e tinham mais ponderação sobre isso, seria estranho, etc.; (...) e Sr., seria inconveniente e contra a razão atentar a causa em um caso, e não em outro, etc., porque se parte da causa seja negada, pela mesma razão toda a causa é negável; além disso, no caso apresentado (sobre propriedade) que é dado pelo Estatuto de Gloucester (1278); porque se as palavras do estatuto forem tomadas firmemente como você argumenta, todos na Inglaterra terão uma writ of waste (espécie de ação por dano a propriedade) contra um inquilino/locatário estranho por toda a vida, (...), e Sr., e se isso agora será julgado sem apelo/contestação, como você se encontra posicionado, realmente isso será um mau exemplo para os jovens aprendizes que estão estudando em termos (Year Books?) porque eles nunca darão crédito aos seus Year Books, se tal julgamento que foi tantas vezes julgado de uma forma em seus livros (Year Books) será agora julgado de forma contrária.<sup>49</sup>

Assim, junto ao começo do reinado dos Tudors, no século XVI, os juízes passaram a adotar as decisões anteriores, as razões das mesmas passaram a ser anotadas, mas não

---

<sup>49</sup> Tradução nossa: “*but now you dispute the words of the statute, as it has been done at the last Parliament, which seems strange to me, considering how many judgments there have been in this case recently contrary to your opinions; because I know well that the cause (of reversion) has been traversed twelve times in our books (= Year Books) and often was argued and adjudged, etc., and of the contrary no judgment except any time the demandant willingly (de gre) had been left to traverse the cause by the opinion of any judge; and if we ought to give regard to the opinion of one or two judges contrary to so many judgments of many honourable judges on the other side, considering that those judges who adjudged the matter in old times were nearer to the making of the statute than we are, and had more notice of this, would be strange, etc.; (...) and Sir, it would be inconvenient and against reason to try the cause in one case, and not in another, etc., because if part of the cause will be traversed, for the same reason all the cause is traversable; and also in the case provided ('Casu proviso') that is given by the Statute of Gloucester (1278); because if the words of the statute will be taken as strongly as you hold, then the reversion will be traversed in every manner of cause; so if you would construe the words of the statute as strongly as you say, everyone in England will have a writ of Waste against a stranger tenant for life, (...), and Sir, if this will now be adjudged no plea, as you hold, truly this will be a bad example to the young Apprentices who are studying in Terms (= Year Books)? because if they will never want to give credence to their books (= Year Books), if such a judgment that has been so many times adjudged in their books (= Year Books) will now be adjudged the contrary*” Ibidem.

tinham determinância alguma, apenas serviam como informação.<sup>50</sup>

No início do século XVI, as partes começaram a acertar suas argumentações<sup>51</sup> antes do julgamento, deixando as disputas quanto aos méritos de tais argumentos para após o veredito do juiz. Anteriormente, os juízes tinham uma tendência a serem conselheiros e mediadores antes de tomadores de decisões, direcionando-se a um acordo das partes ao invés de uma ordem legal. Como T. Ellis Lewis apresenta “Havia uma tendência de esquivar-se de uma ordem definitiva em um ponto de lei, e as partes eram frequentemente requisitadas a ‘aliviar a corte’ e não trazerem a frente questões difíceis”<sup>52</sup>, mas a mudança para as argumentações (*pleadings*) pós veredito gradualmente eliminou tal papel de conselheiro para que a principal função do juiz se torna a de tomador de decisão.<sup>53</sup>

Como o ponto de foco dos julgamentos passou dos *pleadings* para a decisão, advogados, seus clientes e até quem escrevia *Year Books*, cada vez mais esperavam que os juízes providenciassem razões para o que haviam decidido, mas ainda no início do século XVII havia juízes relutantes em o fazê-lo.<sup>54</sup>

O sistema de precedentes se difere dos costumes, a base do Common Law, que são muitas vezes confundidos, mas esclarecidos por Duxbury, que demonstra que a própria Common Law em si é a mais decisiva evidência que precedentes e costumes são formas diferentes de autoridade legal, pois o Common Law existia como uma forma de lei costumeira muito antes de existir uma doutrina de precedentes.<sup>55</sup>

Como Plucknett observa, o Common Law na sua origem era, essencialmente, os meros costumes das cortes reais, a rotina regular que fora desenvolvida na administração da justiça se tornou conhecida e estabelecida, e assim serviu como a base pela qual o povo poderia se basear para prever com certa previsibilidade as decisões das cortes.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 36.

<sup>51</sup> Termo utilizado para traduzir livremente e simplificar “*Pleadings*” para o entendimento do texto, os mesmos consistem nas formas de argumentação e fundamentação apresentadas à corte pela parte no processo para alegar ou defender direito, na época feitos oralmente durante o julgamento.

<sup>52</sup> LEWIS, T. Ellis. *The History of Judicial Precedent, pt. I.* (1930) 46 Law Quarterly Review. p. 219.

<sup>53</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 52.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Tradução nossa: “*Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the common law itself, for (...) the common law existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent.*” DUXBURY, Neil. *The Nature And Authority of Precedent.* Cambridge University Press, New York, 2008. p. 9.

<sup>56</sup> Tradução nossa: “*The common law in its ultimate origin was merely the custom of the King’s courts; the regular routine which they developed in the administration of justice became settled and known, and therefore served as the basis upon which people could forecast with some certainty the future decisions of the courts.*” PLUCKNETT, Theodore. Op. cit. (Locais do Kindle 7953-7955).

É claro que o desenvolvimento de tal costume dependeria, pelo menos até certo ponto, do hábito de se seguir precedentes, entretanto, o mais provável é que tal desenvolvimento e cultura aconteceu quase que de forma inconsciente, pois, desde tempos primordiais as cortes reais tinham uma certa consideração pelas decisões anteriores, mesmo que de início tal prática fosse, a princípio, por desejo de evitar maiores problemas.<sup>57</sup>

Por consequência, o pensamento óbvio era o de que não havia necessidade de se considerar toda uma mesma questão novamente se a mesma havia sido recentemente decidida. Assim como todo o princípio que envolvia a *Court of Common Pleas*<sup>58</sup>, o qual era a de uma corte de jurisdição delegada e limitada, provavelmente encorajou a atitude de auto resolver seus problemas.<sup>59</sup>

De todo os esforços positivistas clássicos para explicar o porquê da doutrina de precedentes se materializar, a mais promissora é de que o uso da razão era integral para a tomada de decisões judiciais no século XVII.<sup>60</sup>

Isso tudo não significa que havia algo parecido com os princípios modernos de precedentes, e sim que havia a mera tendência de se estabelecer procedimentos, e, talvez, a adoção de princípios substantivos que reunidos constituíssem o costume da determinada corte.<sup>61</sup>

É importante lembrar que, um caso constitui um precedente, mas vários casos são a evidência de um costume, no período em que apenas as decisões eram anotadas, os casos eram usados apenas como a evidência da existência de um costume da respectiva corte.<sup>62</sup>

Nesse ponto histórico, como notamos, os juízes ingleses estavam cada vez mais prestando atenção aos precedentes, mesmo que o *stare decisis* não fosse ainda uma doutrina estabelecida.<sup>63</sup> Como Milsom denota: “As razões adotadas ontem podem não ter causado o resultado de hoje; mas governam os termos nos quais a disputa de hoje é colocada à uma corte, ou não é trazida porque os advogados agora não podem fazê-la um caso.”<sup>64</sup>

<sup>57</sup> Ibidem. (Local do Kindle 7957).

<sup>58</sup> Espécie de tribunal comum que julgava as causas comuns do povo.

<sup>59</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op. cit., (Local do Kindle 7959).

<sup>60</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 48.

<sup>61</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op. cit., (Local do Kindle 7961).

<sup>62</sup> Ibidem. (Local do Kindle 8055).

<sup>63</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 48.

<sup>64</sup> Tradução nossa: “[t]he reasoning adopted yesterday may not have caused today’s result; but it governs the terms in which today’s dispute is put to a court, or is not put because the lawyers cannot now make a case of it.”. MILSOM, S. F. C.; *Studies in The History of Common Law*. The Hambledon Press. Londres,

E como para Coke e Hale (Chief Justices da época), como observa Postema a razão trazia implícita a consistência<sup>65</sup>:

Na terminologia da common law do século XVII, para um julgamento ser ‘contra a razão’ (ou frequentemente ‘inconveniente’) era por o mesmo ser inconsistente com a lei como um todo, falhando em se encaixar coerentemente na common law. Entender lei como racional (*summa ratio*, como Coke dizia) não era por considerá-la como derivada de princípios primordiais universais, mas sim por abordá-la na presunção de que existe como um todo coerente. ‘Racional’ significava ‘racionalmente coerente’. Hale argumentou que a ‘razão’ e ‘certeza’ da lei dependiam de os juízes ‘manterem a constância e consistência da lei para si mesmos’.<sup>66</sup>

Uma das principais razões do sistema ter levado séculos para se estabelecer fora a falta de documentos precisos e com respaldos oficiais, pois a maioria dos mesmos eram feitos de forma pessoal, e, como mencionado, continham opiniões pessoais.

Francis Bacon, em 1617, teve a ideia de instituir uma espécie de escriturais oficiais para produzir documentos precisos de casos importantes, a transcrição de palavra por palavra dos julgamentos e as razões dos juízes, mas não obteve êxito principalmente por depender da cooperação de advogados que não queriam o sucesso da ideia.<sup>67</sup>

Apesar de no início do século XVII os precedentes terem ganhado uma maior importância, os mesmos ainda não tinham poder vinculante na visão dos juízes e tribunais. No século XVII finalmente nasce o precedente vinculante, quando fora decidido que uma

---

1985. p. 151.

<sup>65</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 48.

<sup>66</sup> Tradução nossa: “*In 17th century common law parlance, for a ... judgment to be ‘against reason’ (or often ‘inconvenient’) was for it to be inconsistent with the law as a whole, to fail to fit coherently into the common law. To understand law as rational (summa ratio, as Coke liked to say) was not to regard it as derivable from universal first principles, but rather to approach it on the assumption that it exists as a coherent whole. ‘Rational’ meant ‘rationally coherent’. The ‘reason’ and ‘certainty’ of the law, Hale argued, depended on judges ‘keep[ing] a constancy and consistency of the law to itself’.*” POSTEMA, Gerald J. *Classical Common Law Jurisprudence, Part I*. Oxford University Commonwealth Law Journal Vol. 2 n. 2. 2002. p. 178.

<sup>67</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 54.



decisão da Câmara de Exchequer<sup>68</sup> o seria.<sup>69</sup> A discussão continuou até o início do surgimento da doutrina moderna de precedentes no século XIX.

## 2.2 O Sistema Moderno de Precedentes

Ainda em 1600, William Fulbeck fez uma distinção entre “os pontos principais” e “questões secundárias”<sup>70</sup> a serem encontrados nos casos jurídicos, três quartos de século após a distinção de Fulbeck, o Chief Justice Vaughan trouxe o argumento na *Court of Common Pleas*<sup>71</sup> de que as “questões secundárias” são de pouca, ou nenhuma, consequência. Em outras palavras, alguém sabe que se depara com “questões secundárias” quando um argumento pode tanto ser retirado de uma decisão ou o sentido dele revertido sem causar alteração na decisão em si.<sup>72</sup>

Mas como Duxbury<sup>73</sup> aponta, o que foi mais significativo foi o fato que, em meados do século XVII, a distinção entre o que é central e o que é tangencial para uma decisão já estava se formando. Pois é difícil de se imaginar nos dias de hoje que tal distinção não era clara e apenas surgiu muito após o próprio sistema Common Law, e, só então nesse período que se começou a constituir de forma concreta as características essenciais do sistema de precedentes.

Apenas no século XIX que houveram as mudanças necessárias para o estabelecimento do sistema e teoria moderna de precedentes que existe hoje. A exclusão dos *lay lords*<sup>74</sup> das funções jurídicas na *House of Lords*<sup>75</sup>, junto com a adição de *Lords of Appeal in ordinary*<sup>76</sup>, deixaram o órgão mais forte do que nunca. Adicionada a instauração de apenas uma Corte de Apelação (*Court of Appeal*) em 1875 no lugar de várias, o que

---

<sup>68</sup> A Câmara de Exchequer era um corte de apelação inglesa que se encontrava abaixo da House of Lords (a casa superior do Parlamento inglês, também chamada de Senado) e acima das três Supremas Cortes de Common Law, a qual, quando apelada por uma das cortes, reunia juízes das outras duas para decidir o caso.

<sup>69</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op. cit., (Local do Kindle 8072).

<sup>70</sup> Tradução nossa do termo *bye-matters*.

<sup>71</sup> Ver nota 58.

<sup>72</sup> “As early as 1600, William Fulbeck drew a distinction between ‘the principal points’ and the ‘bye-matters’ to be found in case-law. 34 Three quarters of a century later, Vaughan C.J. argued in the Court of Common Pleas that the ‘bye-matters’ are of little or no consequence. (...) One knows one is dealing with ‘byematter’, in other words, if a point can either be taken out of a decision or the meaning of the point reversed without the decision itself being altered” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 67.

<sup>73</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>74</sup> Membros que não tinham capacitação jurídica.

<sup>75</sup> Ver nota 68.

<sup>76</sup> Profissionais da área jurídica com anos de experiência chamados para ocupar assentos na *House of Lords* após o *Appellate Jurisdiction Act 1876*, ato do Parlamento que mudou as funções jurídicas da *House of Lords* em 1876.

unificou a alta corte, limpando as possibilidades de escolhas que existiam com as várias cortes descoordenadas. Sendo agora até os escritos padronizados e semioficiais.<sup>77</sup>

Como Albert Venn Dicey menciona em 1915, a adesão dos juízes ingleses ao precedente, o hábito de decidir um caso de acordo com o princípio, ou suposto princípio, que governou um caso anterior, levou, inevitavelmente, para a gradual formação de regramentos fixos para decidir, os quais são, em efeito, leis. Tal legislação judicial pode parecer inconsistente com a supremacia do Parlamento. Mas pelo contrário, os juízes ingleses não reivindicam ou exercitam qualquer poder para revogar um Estatuto, enquanto que Atos do Parlamento podem sobrepor, e constantemente o fazem, as leis dos juízes. A Legislação Judicial é, em suma, uma legislação subordinada, seguida do assentimento e supervisão do Parlamento.<sup>78</sup>

Nesta explicação, percebe-se o controle da utilização do sistema de precedentes, pois:

A soberania do parlamento é um princípio da Constituição do Reino Unido. Fazendo o Parlamento a autoridade legal suprema no Reino Unido, a qual pode criar ou revogar qualquer lei. Geralmente, as cortes não podem revogar a legislação do Parlamento e nenhum Parlamento pode passar leis que futuros Paramentos não possam mudar. A Soberania Parlamentar é a parte mais importante da constituição do Reino Unido.<sup>79-80</sup>

Tal controle é necessário, como qualquer forma de poder deve ser controlável, principalmente pela famosa razão e citação de Venn Dicey:

---

<sup>77</sup> PLUCKNETT, Theodore. Op. cit. (Local do Kindle 8127).

<sup>78</sup> Tradução nossa: “*the adherence by our judges to precedent, that is, their habit of deciding one case in accordance with the principle, or supposed principle, which governed a former case, leads inevitably to the gradual formation by the Courts of fixed rules for decision, which are in effect laws. This judicial legislation might appear, at first sight, inconsistent with the supremacy of Parliament. But this is not so. English judges do not claim or exercise any power to repeal a Statute, whilst Acts of Parliament may override and constantly do override the law of the judges. Judicial legislation is, in short, subordinate legislation, carried on with the assent and subject to the supervision of Parliament.*” DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th Edition. MacMillan & Co. 1915. Edição do Kindle. Amazon Digital Services LLC.Parliament. (Local do Kindle 2619).

<sup>79</sup> Tradução nossa: “*Parliamentary sovereignty is a principle of the UK constitution. It makes Parliament the supreme legal authority in the UK, which can create or end any law. Generally, the courts cannot overrule its legislation and no Parliament can pass laws that future Parliaments cannot change. Parliamentary sovereignty is the most important part of the UK constitution.*” Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/> (14/05/2017).

<sup>80</sup> O próprio Parlamento, através dos anos, aprovou leis que limitaram a aplicação dessa soberania.

[...] algumas políticas, e entre elas a constituição Inglesa, não foram criadas de uma vez só, e, longe de serem o resultado de legislação, no sentido ordinário do termo, são o fruto dos conflitos discutidos nas Cortes em defesa dos direitos dos indivíduos. Nossa constituição é, em suma, uma constituição feita pelos juízes (judge-made), e carrega em sua face todas as características, boas ou ruins, da legislação feita pelos juízes (judge-made law).<sup>81</sup>

Assim, com as novas mudanças, o sistema de precedentes se estabeleceu, construindo a coesão e estabilidade do sistema jurídico, os institutos criados tomaram força, a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e o *distinguishing* se tornaram as ferramentas essenciais do sistema.

### 2.3 A Ratio Decidendi

A *Ratio Decidendi*,  *Holding*, ou razões de decidir, como o próprio nome remete, são os motivos que levaram o Juiz ao seu julgamento, são diretamente frutos da sua avaliação e procura por justiça no caso em questão, pois são os fatores que levaram a sua decisão, os mesmo que servem de base para o próximo caso semelhante.

Assim, como bem denota Marinoni:

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a ratio dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da ratio decidendi, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui ratio decidendi, bem como o que significa obiter dictum.<sup>82</sup>

Como Barroso e Mello frisam, “a ratio decidendi ou o holding não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A ratio decidendi ou a tese é uma

<sup>81</sup> Tradução nossa: “some politics, and among them the English constitution, have not been created at one stroke, and, far from being the result of legislation, in the ordinary sense of that term, are the fruit of contests carried on in the Courts on behalf of the rights of individuals. Our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features, good and bad, of judge-made law.” DICEY, Albert Venn. Op. cit. (Local do Kindle 4453).

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 245.

descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão.”<sup>83</sup>, e como os mesmos indicam, deve-se avaliar aspectos essenciais para a sua identificação, como os fatos relevantes, a questão jurídica posta em juízo, os fundamentos da decisão e a solução determinada pela corte, e, quando há mais de um julgador, identificar a posição adotada pela maioria sobre tais aspectos.<sup>84</sup>

Claro que, quanto mais genérica e abrangente for um *ratio* (ou *holding*), maior o número de casos ao qual ela se aplicará, por tal motivo a formulação de uma *ratio* em termos muito amplos poderá causar sua super inclusão, a qual abrangeria situações de fato que sequer chegaram a ser consideradas. Assim, a perquirição sobre qual fora o conjunto de fatos sobre o qual fundamentou-se a solução do caso, através do método fático-concreto, pode ser fundamental para que não haja a afirmação de um precedente demasiado abrangente.<sup>85</sup>

Barroso e Mello citam<sup>86</sup> como o caso clássico utilizado pela doutrina para ilustrar tal situação o de *Donoghue v. Stevenson*<sup>87</sup> (1932), no qual a autora consumiu em um bar uma garrafa opaca de *ginger beer* e ao final encontrou dentro da mesma uma lesma em decomposição, logo após a mesma foi diagnosticada com gastroenterite.

O precedente criado na época fora abrangente, o que, na verdade é o nascimento de *ratios* mais específicas, por o direito no Common Law ser construído através dos costumes, no caso em questão, e de onde vem sua fama, fora produzido, primeiro, o entendimento da *House of Lords* de que a negligência constitui uma *tort*<sup>88</sup>, e, por segundo, o controverso “princípio de vizinhança”<sup>89</sup> proferido pelo Lorde Atkins, o qual fora uma *ratio* abrangente, a qual viria a ajudar na construção de *ratios* mais específicas, nas palavras do mesmo:

Você deve tomar um razoável cuidado para evitar atos ou omissões as quais você pode razoavelmente prever que poderiam prejudicar seu vizinho. Quem,

---

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. *Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascens%C3%A3o-dos-Precedentes.pdf> (em 16/05/2017) p. 27.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 26.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> Para mais detalhes: <http://lawgovpol.com/case-study-donoghue-v-stevenson-1932/> (disponível em 16/05/2017).

<sup>88</sup> *Torts* são ofensas a direito no âmbito civil.

<sup>89</sup> *Neighbour principle*.

então, em lei, é meu vizinho? A resposta parece ser as pessoas que são aproximadamente e diretamente afetadas pelo meu ato, as quais eu deveria ter em mente quando considero tais atos e omissões.<sup>90</sup>

Percebe-se a abrangente *ratio*, a qual poderia vir a ser cada vez mais específica em casos futuros, como por exemplo, toda a pessoa que consumir uma *ginger beer* com uma lesma dentro e ter gastroenterite terá direito a indenização, assim criando precedentes cada vez mais específicos para determinados casos.

*Ratio decidendi* pode significar tanto “razão para a decisão” quanto “razões de decidir”. Como vimos, historicamente, o sistema de precedentes tem sua base na razão, mas como Duxbury leciona, as razões judiciais podem ser integrais para a *ratio*, mas a *ratio*, em si, é mais do que as razões, e em muitos casos haverá razões judiciais que não constituem parte da *ratio*, e sim *obiter dictum*.<sup>91</sup>

## 2.4 O Obiter Dictum

Já o Obiter Dictum, por sua vez, trata-se de argumentos secundários, seriam apontamentos que o juiz faz, interpreta e leva em consideração, mas que não influenciam em sua decisão, são razões que o mesmo achou válida a menção, mas que não possuem o poder de um Ratio Decidendi.

Nas opiniões judiciais, as passagens que são *obiter dictum* se apresentam de várias formas, podendo ser desnecessárias para o resultado final, desconexas com os fatos do caso apresentado ou direcionadas a algum ponto que as partes procuraram arguir, ainda, podem ter sido formuladas com menos cuidado ou seriedade que teriam sido caso fossem parte das razões para decidir.<sup>92</sup>

Como definem Barroso e Mello, o *obiter dictum* ocorre quando:

---

<sup>90</sup> Tradução nossa: “*You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought to have them in [mind] when I am [considering these] acts or omissions.*”. Disponível em: <http://lawgovpol.com/case-study-donoghue-v-stevenson-1932/> (16/05/2017).

<sup>91</sup> Tradução nossa: “*Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta.*” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 67

<sup>92</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 68.

[...] uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros.<sup>93</sup>

Ao longo do tempo, os juízes e juristas do Common Law tentaram, ocasionalmente, mudar a distinção básica de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, argumento que casos poderiam conter razões mais fortes que uma *ratio*, ou que haveria uma espécie de *dictum* judicial, que se encontraria entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*.<sup>94</sup> Porém, a distinção básica se manteve, pois, claramente, há um instituto que identifica tais diferenças, o *Distinguishing*.

## 2.5 O Distinguishing

O Distinguishing é o processo que os juízes realizam quando realizam a distinção de um caso com outro. O ponto parece óbvio, mas merece a atenção, porque ele ocorre tanto dentro dos casos quanto de um para outro. Dentro de um caso é, primariamente, uma questão de diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dictum*, separando os fatos relevantes dos irrelevantes para a decisão.<sup>95</sup>

Já entre os casos é, antes de mais nada, uma questão de demonstrar as diferenças fáticas entre o caso anterior e o atual, mostrando que a *ratio decidendi* de um precedente não se aplica satisfatoriamente no caso presente. Como nenhum caso é exatamente o mesmo, o distinguishing sempre é possível em algum nível, apesar de *ratios* que sejam mais abrangentes terem menor probabilidade de serem diferenciadas<sup>96</sup> do caso do que as mais específicas.<sup>97</sup>

Claro que há precedentes menos estabelecidos em determinadas áreas do direito, os quais geram menos descontentamento caso uma decisão não o atenda, do que a um forte precedente.

O Distinguishing, provável maior segurança do sistema Common Law contra seus

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 27-28.

<sup>94</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 68..

<sup>95</sup> Ibidem. p. 113.

<sup>96</sup> *Distinguished*: quando se afasta determinada *ratio* por restar identificado o *distinguishing*.

<sup>97</sup> DUXBURY. Neil. Op. cit., p. 113.

críticos, consiste no bom senso de que casos diferentes se tratam de maneira diferente, pois é função do juiz avaliar se o caso que deve julgar realmente é semelhante a algum caso anterior e seus precedentes devem ser aplicados (*stare decisis*), ou está à frente de um caso realmente diferente em que deve julgar desse mesmo modo e ao qual deve ser criado um novo precedente.

Barroso e Mello doutrinam que, quando se demonstra, através das argumentações, a existência de peculiaridades de fato ou argumentos diferenciados que levem a discussão jurídica que difere da *ratio* apontada, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar um precedente, “O distinguishing é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente.” concluem.<sup>98</sup>

Portanto, percebe-se que a *ratio decidendi* dos precedentes não é estática, e, de certa forma, continua se redefinindo, com cada novo caso ampliando ou especificando seu alcance, ou, restringindo-a a determinados casos, os quais podem produzir uma nova *ratio* assim como ser outra já existente. Tais fenômenos levam a afirmação de que o *judge made law*<sup>99</sup>, nas palavras de Barroso e Mello, “dá ensejo a um desenvolvimento incremental do direito.”<sup>100</sup> Sendo cada novo caso um fator para enriquecer as determinações e detalhes do sistema.<sup>101</sup>

## 2.6 O Overruling (Superação)

O *Stare decisis*<sup>102</sup> normalmente não é um requerimento constitucional ou legislativo, e sim um que as cortes impõem a si mesmas. Quando um sistema Common Law adota a doutrina do precedente, ele efetivamente desenvolve uma estratégia de se autovincular para a proteção contra injustiças, ineficiências e outras fraquezas que atacariam o processo de julgamento se os juízes ponderassem todos os pontos da lei novamente, com completa discricionariedade e sem nenhuma consideração pela sabedoria jurídica já arduamente conquistada. Não sem razão os juízes falam sobre estarem compelidos pelo precedente. Mas por igualmente boas razões, uma sendo o fato de que uma corte que rigidamente adere ao precedente pode às vezes replicar erros, os

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 30.

<sup>99</sup> Podemos entender o termo como “a legislação feita pelo juízes”.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 30.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Ver nota 40.

juízes resistem a estarem absolutamente compelidos pelo precedente.<sup>103</sup>

Assim, precisa-se de um instrumento que possibilite mudanças nos precedentes, o overruling (superação).

Quando juízes superam (overrule) um precedente eles estão se negando a segui-lo e declarando que, ao menos onde os fatos de um caso são materialmente idênticos aos do caso em questão, uma nova decisão deveria ser seguida. Às vezes um precedente é superado porque, de certa forma, passou do seu tempo, ou a corte considere que fora desafortunado já em sua criação.<sup>104</sup>

O overruling, assim como o distinguishing, limitam o poder de criação legislativa da corte, pois se as mesmas pudessem superar precedentes quando quisessem não haveria sentido em falar-se sobre estabilidade jurídica.<sup>105</sup>

Neste caso, o apropriado para uma corte superar um precedente, como vimos no sistema Common Law, é que os juízes que decidam afastá-lo devem explicar seus argumentos, não podendo ser apenas de modo arbitrário, os juízes devem ter, e publicar, as razões para tal, e os mesmos insistem que, se um precedente deve ser superado, a razão para o fazê-lo deve ser especialmente séria ou forte.<sup>106</sup>

Superar uma decisão prévia é algo que a House of Lords<sup>107</sup> nunca fez de maneira leviana. Mesmo quando uma decisão é extensivamente considerada errada a mesma pode continuar a ser seguida se as pessoas razoavelmente passarem a contar com ela quando planejam suas vidas, se o overruling do precedente não faria nenhuma diferença no resultado do presente caso, se o Parlamento lançou alguma legislação na presunção de que tal regra é como apresentada no caso anterior, ou, se o overruling resultaria em nada mais do que a constituição de um diferente cenário pondo em questão o original. E, de

---

<sup>103</sup> “*Stare decisis is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent [...] it effectively develops a strategy of self-binding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom. Not without good reasons do judges speak of being bound by precedent. But for equally good reasons – not the least of which is that the court which rigidly adheres to precedent will sometimes be replicating errors – judges resist being bound by precedent absolutely.*” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 116.

<sup>104</sup> “*When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead. Sometimes a precedent is overruled because it has somehow outstayed its welcome. Sometimes a court may consider it unfortunate that the precedent was created in the first place.*” Ibidem. p. 117.

<sup>105</sup> Ibidem.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Ver nota 67.



fato, desde 1966, raramente A House of Lords usou tal poder.<sup>108 109</sup>

Portanto, o overruling tem como objetivo suprir a necessidade de se desenvolver novas interpretações ou decisões quando, por conta das novas realidades sociais, o precedente precise ser reinterpretado ou mudado para que se adapte aos costumes e necessidades de determinada sociedade.<sup>110</sup>

Assim, apresentadas as ferramentas do sistema, discutiremos sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>108</sup> “Overruling an earlier decision is something that the House of Lords has never done lightly. Even a decision widely considered wrong might continue to be followed if people have reasonably relied on it in arranging their affairs, if overruling it would make no difference to the outcome in the present case, if Parliament has enacted legislation on the assumption that the law is as stated in the earlier case or if overruling would involve nothing more than a differently constituted panel second-guessing the original one. In fact, only rarely since 1966 has the House of Lords used the power that it created for itself.” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 117.

<sup>109</sup> Principalmente também por conta da reforma legislativa que ocorria na Inglaterra na época por conta do *Law Commissions Act* de 1965 que superou várias decisões da *House of Lords* que não eram satisfatórias.

<sup>110</sup> QUEIROZ, Estefânia. Op. cit., p. 193.

### **3 A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL;**

No capítulo anterior vimos a história e o funcionamento do precedente, como sua aplicação alterou a história do sistema Common Law, e, já fora possível pensarmos em como tal sistema se compara com o jurídico brasileiro. Assim, neste capítulo utilizaremos o conhecimento obtido nos anteriores para pensarmos na sua introdução e aplicação, atual e futura, no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 Fontes e o uso do Sistema de Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro;**

Anteriormente, no Brasil, o mais claro comparativo ao que vimos sobre o sistema de precedentes era apenas o crescente uso da jurisprudência no seu ordenamento jurídico. Mas o aumento de sua valorização aos poucos trouxe mais influências do instituto na lei brasileira, ao ponto em que atualmente o mesmo já é previsto, até certo ponto e adaptado, em lei.

Como Barroso e Mello apontam, pode-se, através de três etapas, compreender-se o processo de valorização da jurisprudência no Brasil, são elas:

- i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)<sup>111</sup>

Primeiramente, analisa-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual estão as primeiras premissas permissivas para existência de precedentes no sistema jurídico brasileiro, mesmo que implicitamente através de princípios e garantias fundamentais.

A Constituição Brasileira permite o seu controle difuso de constitucionalidade, o qual, em certa equiparação ao sistema Common Law, inclusive pelo fato de o instituto ter

---

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 14.

nascido nos Estados Unidos da América no caso *Madison v. Marbury* em 1803, permite aos juízes apreciar a constitucionalidade diante de casos concretos, o qual é mais uma forma de legislação pelos juízes para criar precedentes que resultem em uma melhor estabilidade do sistema, porém, no Brasil, veremos que tal intenção é apagada pela realidade do sistema jurídico do país.

Já o controle concentrado de constitucionalidade, inspirado nos sistemas europeus e potencializado pela Constituição Federal de 1988, compete com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ações diretas que digam respeito a constitucionalidade. As decisões do tribunal produzem entendimentos que vinculam todo o ordenamento jurídico a observá-los se assim o órgão determinar, por tal razão, se diz que esses julgados dão ensejo à produção de precedentes vinculantes. Assim indicando uma ampliação gradual do seu uso e, naturalmente, resultando na expansão dos precedentes vinculantes em sede constitucional.<sup>112</sup>

Porém, a vinculação não gera, necessariamente um precedente, por exemplo, atualmente o Supremo Tribunal Federal pode considerar uma lei estadual inconstitucional sem que tal tese gere, de ofício, vinculação a outras legislações estatais.

Visto isso, salientar apontar que há uma diferenciação a ser feita entre precedentes e tal caráter vinculante de decisões judiciais. A visão estrita de precedentes pode ser resumida quando o precedente é, efetivamente, a decisão seguida na solução de casos semelhantes<sup>113</sup>, na qual o precedente é a própria *ratio decidendi* em si, a tese proferida anteriormente que o é novamente, vinculando uma decisão.

Já na visão ampla dos precedentes, a qual aderimos, um precedente é, simplificada, qualquer decisão anterior de qualquer corte que carregue consigo uma analogia legal significativa para o caso em questão.<sup>114</sup> Afim de criar uma estabilidade no sistema. Claro que, nem toda a decisão judicial se tornará precedente, porém, se reforça também o entendimento da prática pelos magistrados de atentarem aos resultados futuros que suas decisões podem causar ao ordenamento jurídico e vida do povo.

Em paralelo ao movimento do controle difuso crescente com precedentes constitucionais vinculantes, várias alterações pontuais ocorriam no Código de Processo Civil de 1973 para conferir maior eficácia a consolidação da jurisprudência dos tribunais.

---

<sup>112</sup> *Ibidem.*, p. 15-16.

<sup>113</sup> STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. *O que é isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2013. p. 42.

<sup>114</sup> MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth. EUA, 1997, p. 323.

Como o exemplo da Lei 9.756 de 1998, que permitiu a inadmissão monocrática pelo relator de recurso confrontantes a súmulas ou jurisprudência consolidadas dos tribunais superiores, ou dar provimento nos casos compatíveis a tais precedentes, e, também, desnecessária, no caso de haver pronunciamento prévio da Corte Constitucional ou respectivo tribunal a respeito, a arguição incidental de constitucionalidade.<sup>115</sup>

Ainda, várias outras leis trouxeram maior influência da jurisprudência ao ordenamento jurídico brasileiro, como resumem Barroso e Mello:

A Lei nº 10.352/2001 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente<sup>19</sup>. A Lei nº 11.232/2005 criou os embargos desconstitutos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF<sup>20</sup>. Em 2006, editou-se a Lei nº 11.418, que regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004, de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário; e determinou-se que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional [...] Posteriormente, o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi replicado para recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para recursos de revista julgados no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Lei nº 11.672/2008<sup>23</sup> e da Lei nº 13.015/2014<sup>24</sup>, respectivamente.<sup>116</sup>

Claro que a consolidação do processo acima e o escancarar do uso dos precedentes e sua observação cada vez mais crescente no sistema brasileiro veio com o conteúdo e vigor da Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a qual trouxe consigo influências diretas<sup>117</sup> do sistema de precedentes.

Como Pugliese aponta, o novo Código de Processo Civil (2015) trouxe consigo artigos que remetem à noção de precedentes, estando os mesmos vinculados desde a primeira apreciação de petição inicial, como fica claro ao analisar-se o artigo 332<sup>118</sup> do

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 16.

<sup>116</sup> Ibidem., p. 16-17.

<sup>117</sup> Por tratar-se de um modo de aplicação dos precedentes ainda diferente do visto no sistema Common Law.

<sup>118</sup> Caput do Art. 332. “*Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar.*”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) (17/05/2017).

Código, o qual estabelece que o juiz deve julgar liminarmente improcedentes pedidos que contrariem os seguintes incisos do artigo:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Previamente ao Código de 2015, apenas as súmulas vinculantes<sup>119</sup> deveriam ser aplicadas de ofício, o que gerava extrema instabilidade e dúvidas quanto a aplicabilidade de súmulas produzidas por tais órgãos.

A Lei 11.672 de 2008<sup>120</sup>, na sua edição ao Código de Processo Civil de 1973, mais especificamente ao artigo 543-C<sup>121</sup>, classificou recursos repetitivos como os que tivessem “fundamento em idêntica questão de direito”. Já no Código de 2015, os incisos I e II do artigo 976<sup>122</sup>, trouxeram a seguinte redação sobre o incidente da resolução de quaisquer demandas repetitivas, “I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”. Resultando em um igual resultado para casos de iguais questões, e trazendo a explicitação dos precedentes para garantir a segurança jurídica. Porém, talvez seja a própria interpretação atual sobre demandas repetitivas que limite a aplicação dos precedentes.

No inciso III percebe-se, pela própria redação, a falta de um real sistema de precedentes no direito brasileiro, pois os julgados pelos Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal apenas devem ser seguidos e vinculantes casos tenham sido considerados como caso de demandas repetitivas.

---

<sup>119</sup> Como veremos, a fraqueza do ordenamento brasileiro em termos de estabilidade e segurança jurídica permite que mesmo após a elaboração de uma súmula a mesma poderia ser completamente ignorada caso não fosse expressamente declarada vinculante.

<sup>120</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm)

<sup>121</sup> Art. 543-C. “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”

<sup>122</sup> Art. 976. “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) (17/05/2017).

Suportado pelo artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, o qual se preocupou com a identificação das decisões que formam precedentes ditos vinculantes<sup>123</sup>:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.<sup>124</sup>

Ou seja, como Pugliese<sup>125</sup> explica, não mais como prevê a Constituição brasileira os juízes e tribunais devem apenas observar os dispositivos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, mas:

todas as decisões em controle concentrado; os acórdãos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos; os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal [...] e do Superior Tribunal de Justiça; e orientações do plenário e órgão especial a que estiverem vinculados os respectivos juízes e tribunais.<sup>126</sup>

As figuras destacadas no artigo 927 recebem atenção individualizada no Código de Processo Civil de 2015, a arguição de inconstitucionalidade nos artigos 948 a 950, o incidente de resolução de demanda repetitivas nos artigos 976 a 987, no artigo 947 o incidente de assunção de competência e a ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação nos artigos 998 a 993, construindo seu rol de decisões vinculantes, a serem seguidas como precedentes.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 94.

<sup>124</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) (17/05/2017).

<sup>125</sup> PUGLIESE, William. Op. cit., p. 94.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem., p. 95.

Barroso e Mello separam os precedentes no direito brasileiro em três tipos de eficácia, a eficácia persuasiva, que é a aplicada tradicionalmente no ordenamento brasileiro por conta da raiz romano-germânica, resume-se em efeitos restritos às partes e aos feitos em que afirmados, são argumentos, e sua reiteração pode levar a produção de jurisprudência consolidada. Há também a eficácia normativa, precedentes em sentido forte, os quais são vinculantes, obrigando sua observação, e aos quais o desrespeito oportuna reclamação<sup>128</sup>, instituto necessário para que se construa uma tradição de precedentes no Brasil. Por último, citam a eficácia intermediária, a qual pode ser entendida com residual, pois tem efeitos para além dos casos nos quais foram produzidos, mas sua inobservância não tem reclamação permitida por lei.<sup>129</sup>

Assim, no novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a eficácia persuasiva é característica das decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e aos acórdãos dos tribunais que não incidam a resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.<sup>130</sup> Já a eficácia normativa, cujo desrespeito possibilita a reclamação, conforme o artigo 988<sup>131</sup> do Código de 2015, incide em:

[...] súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência.<sup>132</sup>

Por fim, a eficácia intermediária se observa nas súmulas simples da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça sobre matérias constitucionais e infraconstitucionais, e as orientações firmadas pelo plenário ou por órgãos especiais das cortes, sendo a observância de tal eficácia obrigatória, porém, não

<sup>128</sup> No Common Law não há necessidade da possibilidade de reclamação para que o precedente seja respeitado e eficaz, pois tal hábito é tradição do sistema.

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 19-20.

<sup>130</sup> Ibidem., p. 22.

<sup>131</sup> Prevê que “*Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público*” nas hipóteses de seus incisos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) (17/05/2017).

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 22.

resultando em possibilidade de reclamação caso não o seja, encontrando-se no patamar de recomendação, como classificam Barroso e Mello.<sup>133</sup>

### 3.2 Problemas no Modo de Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro;

Como o sistema jurídico brasileiro tem por base o Civil Law, imagina-se que o sistema de precedentes fora adaptado para o sistema do país, porém, o que se analisa na prática e após o apresentado anteriormente, é um grande ponto de interrogação em meio às decisões judiciais, pois já antes dos precedentes no ordenamento brasileiro existiam leis conflitantes, agora, se coloca poder vinculante em alguns precedentes, se dá maior importância ao instituto no ordenamento, porém, apenas o adiciona em meio a um já conturbado sistema.

Vale citar o exposto por Barroso e Mello sobre as dificuldades do sistema brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, em utilizar os precedentes, pois se utilizar dos mesmos:

não comporta uma atuação mecânica e automática do juiz, tampouco prescinde de uma sofisticada atuação interpretativa. Cada precedente precisa ser cuidadosamente examinado, tanto para que se possa compreender adequadamente a sua *ratio decidendi* quanto para que se possa fazer seu confronto com eventual novo caso, que poderá (ou não) ser decidido com base nesta *ratio*. Esta análise pressupõe o manejo de categorias cujo alcance pode ser controvertido até mesmo no *common law*, com as quais não se tem ainda familiaridade no Brasil. Portanto, não é pequeno o desafio posto pelo CPC/2015 às cortes ou ao Supremo Tribunal Federal.<sup>134</sup>

Como os mesmos autores apontam, a diferenciação de *ratio decidendi* e *obiter dictum* que precisa ser trabalhada no Brasil, pois existe a predisposição a raciocinar-se partindo do conteúdo mais amplo, o texto de lei, para depois o específico, o caso em questão, pois tal é o costume de países de tradição romano-germânica. Tendendo-se a decisões que seguem, primeiro, a interpretação da lei, e por segundo aplicá-la ao caso

---

<sup>133</sup> Ibidem., p. 23.

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 36.



concreto, para então chegar à decisão.<sup>135</sup>

Em caso para ilustrar os argumentos acima, os mesmos trazem o Recurso Extraordinário 669.069<sup>136</sup> como exemplo, onde o ministro Teori Zavascki, em um caso de acidente automobilístico que “Dizia respeito à prescritibilidade da ação para ressarcimento de dano decorrente de colisão de veículos.”<sup>137</sup>, acabou por, fazer da integralidade de seu voto uma interpretação da lei, para apenas ao final aplicá-la ao caso, encerrando o seu voto da seguinte maneira:

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, mantendo a conclusão do acórdão recorrido, embora com fundamentação diversa, e proponho a fixação de tese segundo a qual a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos materiais decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais. É o voto.<sup>138</sup>

Assim, com tal análise, Barroso e Mello esclarecem sobre tal caso-exemplo que:

A discussão sobre os ilícitos de improbidade era absolutamente prescindível para a solução do caso. Era, ainda, irrelevante para o recorrido, que não praticara ato de improbidade. Importava apenas à União. Não havia, portanto, no feito, quem tivesse interesse em defender a prescritibilidade das ações para ressarcimento de atos de improbidade. Caso se adotasse a proposta do relator, eventual definição de entendimento a este respeito ocorreria, assim, sem que o assunto pertinente ao ilícito de improbidade administrativa tivesse sido sequer debatido.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Ibidem. p. 37-38.

<sup>136</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061> (17/05/2017).

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 38.

<sup>138</sup> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.069*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061> (17/05/2017). p. 1.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 38.

Após o referido recurso, o ministro Zavascki pronunciou-se novamente nos embargos de declaração do recurso extraordinário mudando-se, no Supremo Tribunal Federal, a tese originalmente firmada em repercussão geral:

O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito à abrangência da tese fixada, bem como à exata definição dos atos que poderiam ser considerados ilícitos civis, para fins de reprodução do entendimento firmado em sede de repercussão geral. No julgamento, proferi voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, afirmando a tese de que “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. Contudo, fiquei vencido quanto à tese firmada, uma vez que o posicionamento majoritário desta Corte, encabeçado pelo Min. Roberto Barroso, foi no sentido de que a orientação a ser fixada, para fins de repercussão geral, deveria ser mais restrita e adstrita ao caso concreto, que consistia em ação de ressarcimento ajuizada pela União em razão de danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito. Assentou-se, assim, a tese de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.<sup>140</sup>

Tais dificuldades em julgamentos como a referida acima são comumente enfrentadas pelas cortes do sistema Civil Law. Tal preocupação em julgar a matéria de forma ampla e sistemática, uma visível dificuldade na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e raciocínio por dedução são marcas características da atuação dos tribunais do sistema quando operando com precedentes.<sup>141</sup>

Percebe-se no caso a prática do sistema brasileiro, a qual, com o novo sistema de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, tem a possibilidade de repensar sua maneira de observar o direito, analisando melhor os resultados que suas decisões e razões podem gerar a longo prazo, e, também, voltando sua atenção primária ao caso em questão a ser resolvido e depois a lei. Como “No judge made law e, portanto, na formulação de um precedente normativo, o julgamento começa pela premissa menor.

---

<sup>140</sup> *Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário 669069*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11264843> (17/05/2017). p. 6-7.

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 39.

Apenas depois de decidida esta, passa-se à formulação da proposição maior.<sup>142</sup>, a qual possibilitará a mesma a servir de guia para as decisões futuras de casos semelhantes, aspectos que podemos ver não estarem despercebidos pelos magistrados.<sup>143</sup>

### 3.3 Motivos para seguir precedentes;

Como vimos, o sistema de precedentes no Common Law gera uma estabilidade ao sistema jurídico, e, por consequência, o povo tende a olhar para tal com maior confiança nas decisões, as quais seguem um padrão e uma tendência costumeira, social e racional, prevalecendo a razão, e, por consequência, obtendo-se segurança jurídica.

Como Queiroz aponta “A segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o ser humano possa planejar e conduzir sua vida; por tal razão o princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito.”<sup>144</sup>. Sendo tal segurança dever do ordenamento jurídico e princípio essencial implícito na Constituição Federal de 1988.

Um dos argumentos clássicos para o uso do precedente é que no contexto jurídico, seguir precedentes pode ser aceito pelos tomadores de decisão e outros como um padrão de prática legal correta, ao qual o desvio seria provavelmente errôneo e criticável. Pois, quando juízes seguem um precedente, os mesmos tendem a fazê-lo baseando-se nas razões que justificam a decisão cabível por conta da aplicabilidade dessas razões ao caso em questão, e não por conta de alguma proposição legal ou lei que devam usar o precedente.<sup>145</sup>

No lado consequencialista, pode se argumentar que faz sentido seguir um precedente pois seu afastamento geraria desaprovação, tenderia a desestabilizar a lei, pois superar um precedente não é motivo para vanglória, e, caso essa mudança se mostre impopular, os juízes sofreriam demasiadas críticas por todo o grupo jurídico e não-jurídico. Mas o argumento de que se deve seguir precedentes por ser o caminho de menor resistência não é completo, pois poderia acabar ocorrendo por razões erradas.<sup>146</sup>

Porém, assim também nasce um ponto observado por Duxbury, de que a doutrina do precedente será mais forte ou fraca em um sistema jurídico dependendo de quais serão

---

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Op. cit., p. 40.

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> QUEIROZ, Estefânia. Op. cit., p. 201.

<sup>145</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 151.

<sup>146</sup> Ibidem., p. 153-154.

as consequências de não segui-la. Uma corte de menor instância pode sentir-se compelida pelo precedente da superior por saber que qualquer decisão que contradiga o precedente será considerada sem autoridade, e os litigantes saberão que ali caberá um recurso com sucesso. Ainda, a corte saberá que isso causará mais custos aos litigantes, e que a recusa a seguir o precedente da corte superior poderá levar até aos outros juízes questionar a sua responsabilidade, levando a uma má reputação ao juiz que constantemente se recusar a seguir decisões anteriores, e por boa razão. Pois até para juízes renomados a deferência a decisões anteriores não é sinal de fraqueza, e sim humildade e respeito a trabalhos jurídicos anteriores, com a complacência de se aprender com o passado para tratar com seriedade as conquistas de seus colegas magistrados.<sup>147</sup>

A razão pela qual jurisdições raramente criam regras formais ordenando o *stare decisis*, de acordo com os argumentos expostos, é que há um interesse racional que diz aos juízes que há sabedoria em respeitar os precedentes de seus colegas.<sup>148</sup> E pode-se argumentar que seguir precedentes se justifica por gerar estabilidade jurídica e provavelmente fará a lei mais clara e previsível.<sup>149</sup> Porém, mesmo que assim a decisão seja mais eficiente, por usar-se de trabalhos já feitos, e mais forte, por ser congruente com outros juízes que também já decidiram sobre o mesmo problema<sup>150</sup>, o argumento continua incompleto em frente a realidade, na qual as motivações e cultura dos juízes podem ser variadas.

Ainda, nas palavras do Chief Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., as pessoas querem saber sobre quais circunstâncias e quão longe elas podem correr o risco de pronunciarem-se perante o que é tão mais forte que elas mesmas, e assim isso se torna uma questão de descobrir quando esse perigo deve ser temido.<sup>151</sup>

No lado deontológico, pode-se argumentar que precedentes devem ser seguidos pelo simples fato de serem precedentes, independente de outra razão, pois qualquer sociedade humana vê o passado como uma autoridade, explicado principalmente por um

---

<sup>147</sup> Ibidem., p. 155.

<sup>148</sup> Tradução nossa: “*The reason jurisdictions rarely create formal rules mandating stare decisis, according to this argument, is that rational self-interest tells judges that there is wisdom in respecting the precedents of their colleagues.*” DUXBURY, Neil. Op. cit. p. 156.

<sup>149</sup> Ibidem. p. 159.

<sup>150</sup> Ibidem. p. 158.

<sup>151</sup> Tradução nossa: “*People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared.*” HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of the Law*. 10 Harvard Law Review 457 (1897). Disponível em: [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm) (17/05/2017).

tipo de tutela cultural, a qual segue o mesmo pensamento de que o futuro tome como base o feito no presente momento.<sup>152</sup>

O professor Anthony Townsend Kronman aponta que a premissa do argumento deontológico é a que as pessoas possuem o direito de serem tratadas do mesmo modo que seus iguais, incluindo não apenas seus iguais contemporâneos, mas também aquele que os precedem e seguem no tempo.<sup>153</sup> E, que a regra dos precedentes deve ser parte de qualquer sistema legal que respeita esse direito básico.<sup>154</sup>

Assim, tal argumento afirma que toda pessoa tem os mesmos direitos que as outras e deve, portanto, ser tratada do mesmo modo, no que tange aos casos serem tratados semelhantemente.<sup>155</sup> Nesse sentido, não se respeita o passado apenas pelo mesmo merecer respeito inerente, mas sim por que deve-se respeitá-lo se formos tratar as pessoas com a equidade que ela merecem. Aderência aos precedentes por tal ponto de vista é um meio de dar efeito operacional para a moralidade sobre as condições que definem nossa situação, incluindo a temporalidade. E, de tal modo, o respeito ao passado é justificável, do ponto de visto deontológico, apenas quando serve a um propósito atemporal.<sup>156</sup>

Na conclusão de Duxbury, precedentes não apenas guiam nossos esforços para lidarmos com problemas atuais, mas também exercem um papel crucial em nos permitir entender que tipos de problemas estamos confrontando; não apenas eles nos conduzem em direção a certas respostas para as questões que tratamos, além do que, também, eles frequentemente nos ajudam a entender o que as questões são. A capacidade de decisões prévias guiarem e esclarecerem na instância atual não pode ser completamente explicada por uma teoria tão abrangente, e sim a uma variedade de razões.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 168-169.

<sup>153</sup> Tradução nossa: “*Its premise is that people have a right to be treated in the same way as their equals, including not just contemporaneous equals but also those who precede and follow them in time.*” KRONMAN, Anthony Townsend. *Precedent and Tradition*. Yale Law School. YLS Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. 1990. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2058&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2058&context=fss_papers) (17/05/2017). p. 1039.

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> Ibidem. p. 1041.

<sup>156</sup> Ibidem. p. 1042.

<sup>157</sup> Tradução nossa: “*Precedents not only guide our efforts to deal with current problems, but also play a crucial role in enabling us to understand what sorts of problems we are confronting; not only do they steer us towards certain answers to the questions that we address, that is, but in addition they frequently help us to understand what the questions are. The capacity of previous decisions to guide and enlighten in the present instance cannot be fully explained by an overarching theory but has to be attributed to a variety of reasons.*” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 182.

O Brasil enfrenta grandes problemas em seu ordenamento, sendo alguns dos principais o abarrotamento do judiciário e a falta de segurança jurídica, ambos que podem vir a ser minimizados com um maior respeito e adoção ao sistema de precedentes. Como Queiroz observa:

O que se verifica é que, quando há uma legislação ou decisões ultrapassadas ou uma baixa probabilidade de uma nova legislação vir a ser editada pelo Poder Legislativo, em ambos os sistemas, como já visto anteriormente, as Cortes tomam para si o papel de desenvolver novas direções e interpretações para uma mudança jurídica ou pelo menos interpretativa do direito. [...] Por outro lado, as sociedades contemporâneas estão muito mais complexas, e esse aumento de complexidade leva a uma maior falibilidade das normas escritas (legisladas) sendo mais dinâmico o processo de enfrentamento das questões pelo Poder Judiciário, estabelecendo-se precedentes. Dessa forma, para que os precedentes se adaptem às novas realidades sociais, ou em casos em que se busca a correção das decisões, há previsão, nos sistemas de common law de métodos de superação dos precedentes, quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior.<sup>158</sup>

Claro que, como se percebe na situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, como é de seu costume, apenas implementou o precedente em seu sistema, porém, a tradição e o costume não nascem juntos com a publicação de uma lei, esquecendo-se de toda a história que o construiu que vimos nos capítulos anteriores, não havendo uma base anterior para sua ideal chegada, devendo-se, agora, com os novos institutos jurídicos, começar-se a construção da tradição do precedente no Brasil. Porém, sem outras mudanças e incentivos ao mesmo, será, como vários princípios, leis e institutos no país, ignorado.

Precisamente, Mitidiero nos lembra que:

A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional. Estado Constitucional é Estado em que há juridicidade

---

<sup>158</sup> QUEIROZ, Estefânia. Op. cit., p. 193.

e segurança jurídica. A juridicidade – todos abaixo do Direito – remete à justiça, que de seu turno remonta à igualdade. A juridicidade tem de ser dotando de racionalidade, o que conduz à necessidade de coerência – ou melhor, como lembra a doutrina, de “dupla coerência” (double coherence). O direito à segurança jurídica constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas.<sup>159</sup>

Ainda devemos levar em consideração que o sistema jurídico brasileiro tem sua base no Civil Law, e, independente do futuro, deve-se elaborar cenários e teorias em sequência, assim, levando a realidade do sistema em consideração, para a estabilidade, respeito e consolidação do precedente no país, tais proteções devem, peculiarmente, serem estabelecidas em lei, ou, ao menos criar-se lei ou costume que possibilite seu crescimento e solidifique sua observância, como uma expansão do alcance e entendimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, ou, até mesmo, uma maior ênfase e celeridade na reclamação, do contrário, a sua introdução em pouco afetará o modo geral no qual se opera o direito brasileiro.

Ao mesmo tempo que tal hipótese fosse aderida, se enfrentaria o caso de os juízes não a seguirem, pois os juízes tendem a possuir um entendimento que tal sistema e ferramenta diminuiria seus poderes de decisão, o que, além de ser um pensamento errôneo e faltante com a realidade, pois seriam as suas *ratios* que possuiriam maior força, revela mais um dos problemas do ordenamento jurídico brasileiro. A preocupação do sistema deve ser o estabelecimento de um sistema jurídico seguro, coeso, estável, e confiável pelo povo, pois não basta um sistema jurídico se considerar estável e razoável apenas pelos magistrados se o povo assim não o vê.

Ainda, como Duxbury aponta, a resistência a ideia de que juízes se comprometem em seguir precedentes mutuamente é provavelmente de maior prevalência onde há maior expectativa que os juízes sejam cavaleiros solitários ao invés de uma coletividade de tomadores de decisão.<sup>160</sup> O contrário é perceptível nos juristas dos Estados Unidos da América, onde a colegialidade é tradicionalmente uma característica fundamental do processo de decisão da Suprema Corte.<sup>161</sup> Uma hipótese para a resolução de tal problema

<sup>159</sup> MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial*. Revista de Processo. RePro 206, 2012. p. 70.

<sup>160</sup> Tradução nossa: “Resistance to the idea that judges engage in mutual precedent-following is likely to be more prevalent where there is a greater expectation that judges will be lone rangers rather than collective decision-makers.” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 158.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

seria colocar maior ênfase no modo de observação dos precedentes pelo magistrado ao considerá-lo para listas de merecimento e promoção, e, na própria fiscalização de seu trabalho pelos tribunais e colegas.

A adoção do sistema de precedentes amplamente possivelmente ajudaria em combater o cada vez maior abarrotamento do judiciário brasileiro. A construção de um ordenamento jurídico coeso e estável diminuiria a quantidade de aventuras processuais, pois as mesmas são possibilitadas exatamente pela falta de segurança jurídica e união do direito brasileiro, podendo-se, virtualmente falando, tentar-se qualquer ação com expectativa de resultados diferentes.

Porém, tais hipóteses precisam também ocorrer em nível individual e acadêmico, para adotarmos um sistema de precedentes amplo, deve-se pintar um quadro conjuntamente, eliminando-se a figura de magistrados e legislações “nômades”, os quais legislam e tomam argumentos que partem apenas da vontade e opinião própria, desconsiderando seus reflexos futuros na segurança jurídica e outras garantias, sustentados por um leque de legislações controversas e desatualizadas que em pouco refletem os costumes e anseios da população do país. Esquece-se a segurança e estabilidade que o direito deveria assegurar a população, a qual se perde em meio a decisões diversas sobre causas idênticas.



## CONCLUSÃO

Como vimos, o sistema de precedentes tem origens antigas no sistema Common Law e fora a ferramenta final na qual o sistema encontrou possibilidade de maior segurança jurídica e estabilidade para seus ordenamentos.

Aprendemos que tal resultado provém de uma rica história, na qual o sistema se construiu através dos costumes, como é comum do sistema do qual provém. Também, que no momento em que os ordenamentos jurídicos se encontram, é cada vez mais frequente a adoção de técnicas do sistema Civil Law pelo Common Law e vice-versa.

De tal tendência complementar, a jurisprudência cresceu e ganhou cada vez mais força no ordenamento jurídico brasileiro, resultando na aberta adoção do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, porém, não das formas como é utilizado no sistema Common Law.

Vimos como funcionam os precedentes, sua história e ferramentas que o fazem um grande instrumento de segurança jurídica, diferenciamos *ratio decidendi* de *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, ferramentas que forjam uma decisão segura e racional.

Na análise sobre os precedentes atualmente no Brasil, percebe-se que ainda há espaço para aprendizado e evolução, pois ainda há dúvidas de como aplicá-los, principalmente pelo fato do mesmo ter nascido no sistema Common Law através dos costumes do sistema, agora, sendo dever do sistema jurídico brasileiro criar sua própria tradição.

Por tal hipótese futura que apresentamos razões para se seguir precedentes, aderimos a sua teoria ampla, e como sua aplicação poderia ajudar a resolver a falta de segurança jurídica e estabilidade do sistema brasileiro, levando o direito a resolver de forma segura os conflitos da sociedade, voltando seu prisma para as lides antes das leis.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. *Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascens%C3%A3o-dos-Precedentes.pdf> (em 16/05/2017).

BURY, J.B; HAVERFIELD, F.J. *The Cambridge Medieval History. Vol. I*. The Macmillan Company. New York. 1911.

*Case study: Donoghue v. Stevenson (1932)*. Disponível em: <http://lawgovpol.com/case-study-donoghue-v-stevenson-1932/> (16/05/2017).

*Código de Processo Civil brasileiro de 1973*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) (17/05/2017).

*Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) (17/05/2017).

*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) (17/05/2017).

DAVID, René; BRIERLEY, John E. C.; *Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to The Comparative Study of Law*. Ed. 1. The Free Press, New York, 1978.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th Edition. MacMillan & Co. 1915. Edição do Kindle. Amazon Digital Services LLC. 2011.

DUXBURY, Neil. *The Nature And Authority of Precedent*. Cambridge University Press, New York, 2008.

*Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário 669069*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11264843> (17/05/2017).

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of the Law*. 10 Harvard Law Review 457 (1897). Disponível em: [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm) (17/05/2017).

KRONMAN, Anthony Townsend. *Precedent and Tradition*. Yale Law School. YLS Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. 1990. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2058&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2058&context=fss_papers) (17/05/2017).

LEWIS, T. Ellis. *The History of Judicial Precedent, pt. I*. Law Quarterly Review. 46, 1930.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth. EUA, 1997.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma Nova Realidade Diante do Projeto de CPC: A Ratio Decidendi ou os Fundamentos Determinantes da Decisão*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/ARTIGO-RT-2012.docx> (16/05/2017).

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007.

MILSON, S. F. C.; *Studies in The History of Common Law*. The Hambledon Press. Londres, 1985.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial*. Revista de Processo. RePro 206, 2012.

PLUCKNETT, Theodore. *A Concise History of the Common Law*. Liberty Fund Inc.. Edição do Kindle. 2013.

POSTEMA, Gerald J. *Classical Common Law Jurisprudence, Part I*. Oxford University Commonwealth Law Journal Vol. 2 n. 2. 2002.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e Aplicação do Novo Código de Processo Civil*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo. 2016.

QUEIROZ, Estefânia. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-Paraná, Curitiba - 2011 [Orientadora: Prof. Dra. Katya Kozicki]. Disponível em <http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF> (em 03/04/2017).

*Recurso Extraordinário 669069*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061> (17/05/2017).

Site oficial do Parlamento do Reino Unido: <https://www.parliament.uk/> (14/05/2017).

STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. *O que é isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2013.

*Year Book* 33 do reinado de Henrique VI, 1454. Disponível em <https://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/display.php?id=18869> (04/05/2017).