



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

OLÍVIO BRESSAN NETO

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DO SISTEMA *COMMON*
LAW NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Tubarão

2017

OLÍVIO BRESSAN NETO

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DO SISTEMA *COMMON*
LAW NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Tubarão

2017

OLÍVIO BRESSAN NETO

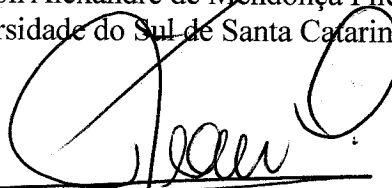
**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DO SISTEMA *COMMON*
LAW NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 29 de novembro de 2017.



Prof. Erivelton Alexandre de Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho à minha família, sem a qual, certamente, jamais conseguiria esta conquista. Dedico, ainda, de forma especial, à Rafaela, minha namorada, o melhor presente que a faculdade me deu.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus, que me deu a possibilidade de viver as experiências que vivi durante o curso e forças para enfrentar todos os desafios dessa longa jornada.

Quero agradecer minha namorada, Rafaela, que tanto se dedicou para me ajudar em todo esse caminho, desde o primeiro dia de aula. Sem ela, jamais conseguiria e, caso conseguisse, com certeza seria de uma maneira incompleta.

Agradeço meus pais, que se doaram desde o princípio para que pudesse viver este momento. Com certeza a alegria deles hoje é o dobro da minha.

Agradeço minha família, madrinha, tias, primos, irmãos, que, de maneira ou outra, contribuíram para este momento.

Aos meus sogros, vai um agradecimento especial, por todo apoio que me deram nessa jornada, fazendo por mim coisas que jamais esperaria, mas pelas quais serei eternamente grato.

Agradeço também todos meus colegas de trabalho dos estágios em que passei, equipe da Moraes & Gonçalves Advogados, Guilherme Zumblick Aguiar Advocacia, e da assessoria da 2ª Vara Cível de Tubarão, Dra. Lara, Aline, Washington, Mariana, Priscila e Lucas. Todos vocês possuem uma participação especial nesta conquista.

Quero agradecer ainda todos os professores da Unisul, sempre dedicados para passar o melhor ensinamento possível aos alunos e que marcam a trajetória de todos que frequentam a sala de aula.

"Seu lar está aqui (na sua cabeça, na sua mente). Aonde você vive é apenas uma preferência geográfica." (Lemmy Kilmister).

RESUMO

O presente trabalho monográfico buscou estudar a força vinculante conferida aos precedentes judiciais com a edição do Código de Processo Civil de 2015, de modo a verificar se eventual poder vinculativo das decisões judiciais acarretou na aplicação do sistema *Common Law* no sistema processual civil brasileiro. Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico e o nível exploratório de pesquisa. O trabalho se divide em cinco capítulos. No primeiro, foi realizada uma introdução da temática abordada, a justificativa, a descrição da situação problema, bem como os procedimentos metodológicos adotados. No segundo capítulo, explanou-se sobre os institutos da *Civil* e *Common Law*, sua origem histórica e conceituação. Adiante, no terceiro capítulo, foram abordados os detalhes sobre os precedentes judiciais, sua definição, maneiras de superação, força vinculante. No quarto capítulo, específico sobre o tema deste trabalho, analisou a aplicabilidade do sistema *Common Law* no ordenamento jurídico processual brasileiro, dada a força vinculante conferida pelo CPC editado em 2015. No quinto e último capítulo, foi apresentada a conclusão da pesquisa. Com a finalização do presente trabalho, pode-se concluir que, apesar da força vinculante dos precedentes com a edição do novo CPC, esta não é suficiente para alterar o regime jurídico brasileiro, apesar de alguns doutrinadores destacarem, ainda que de forma não majoritária, que o Brasil cada vez mais se aproxima do *Common Law*.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. *Common Law*. *Civil Law*.

ABSTRACT

The present monographic work sought to study the binding force conferred on the judicial precedents with the edition of the Code of Civil Procedure of 2015, in order to verify if eventual binding power of the judicial decisions entailed in the application of Common Law system in the Brazilian civil procedural system. For that, the bibliographic method and the exploratory level of research were used. The work is divided into five chapters. In the first one, an introduction was made to the subject, the justification, the description of the problem situation, as well as the methodological procedures adopted. In the second chapter, it was explained about Civil and Common Law institutes, their historical origin and conceptualization. Later, in the third chapter, the details of judicial precedents, their definition, ways of overcoming, binding force were discussed. In the fourth chapter, specific on the subject of this work, analyzed the applicability of the Common Law system in the Brazilian legal system, given the binding force conferred by the CPC published in 2015. In the fifth and last chapter, the conclusion of the research was presented. With the conclusion of the present study, it can be concluded that, despite the binding force of the precedents with the edition of the new CPC, this is not enough to change the Brazilian legal regime, although some writers emphasize, albeit in a non-major way, that Brazil is increasingly approaching Common Law.

Keywords: Judicial precedents. *Common Law*. *Civil Law*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA.....	11
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	12
1.3 HIPÓTESE.....	12
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS.....	13
1.5 JUSTIFICATIVA.....	13
1.6 OBJETIVOS.....	14
1.6.1 Objetivo Geral.....	14
1.6.2 Objetivos específicos.....	14
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO.....	14
1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS... 15	
2 SISTEMAS JURÍDICOS.....	16
2.1 <i>CIVIL LAW</i>	16
2.1.1 Conceito.....	16
2.1.2 Abordagem histórica.....	16
2.2 <i>COMMON LAW</i>	18
2.2.1 Conceito.....	18
2.2.2 Abordagem histórica.....	18
2.2.2.1 Da criação do sistema <i>Equity Law</i>	19
3 PRECEDENTES JUDICIAIS.....	21
3.1 CONCEITO.....	21
3.2 FORMAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO.....	22
3.2.1 <i>Leading case</i>.....	22
3.2.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).....	23
3.2.3 <i>Ratio decidendi</i>.....	24
3.2.4 <i>Obter dictum</i>.....	24
3.3 FORÇA VINCULANTE.....	24
3.3.1 <i>Stare decisis</i>.....	25
3.3.2 Força vinculante <i>ultra partes</i>.....	25
3.3.3 Extensão ampla dos efeitos das decisões judiciais.....	26
3.3.4 Vinculação padrão (vinculação fraca) ou de mera persuasão.....	26
3.3.5 Vinculação média.....	26

3.3.6 Vinculação forte (vinculação em sentido estrito).....	27
3.4 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	27
3.4.1 <i>Distinguishing</i>	28
3.4.2 <i>Overruling</i>	30
3.4.3 <i>Overriding</i>	32
3.4.4 <i>Transformation</i> (transformação).....	32
3.4.5 <i>Anticipatory Overruling</i> (superação antecipada).....	33
3.4.6 <i>Retrospective Overruling</i> (superação retrospectiva do precedente).....	34
3.4.7 <i>Prospective Overruling</i> (superação prospectiva do precedente).....	35
3.4.8 Superação de súmulas vinculantes.....	35
3.5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES.....	36
4 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CPC E A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DO SISTEMA <i>COMMON LAW</i> NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	38
4.1 A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS <i>CIVIL</i> E <i>COMMON LAW</i>	38
4.2 A FORÇA VINCULANTE CONFERIDA AOS PRECEDENTES NO NOVO CPC.....	39
5 CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O tema objeto do presente trabalho tem por finalidade analisar a força vinculante atribuída aos precedentes judiciais com o advento do Novo Código de Processo Civil e a consequente aplicação do sistema *Common Law* no processo civil brasileiro.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

A aproximação do direito brasileiro ao sistema jurídico *Common Law* está cada vez mais crescente, mormente com a promulgação da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o CPC em vigor.

Originalmente, foi adotado pelo Brasil o sistema *Civil Law*, ordenamento este acampado pela grande maioria dos países de origem romano-germânica, onde figura como fonte primária do direito a legislação escrita, ou seja, vigora o positivismo como regulador das questões sociais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no inciso II do artigo 5º, deixa claro que o princípio da legalidade é fundamento norteador para aplicação do direito no país, onde apenas a lei determina o que um indivíduo pode ou não fazer (BRASIL, 1988).

Nesta esteira e na visão clássica do sistema *Civil Law*, o juiz, no momento da prolação de suas decisões, deve levar em conta, primordialmente, o que a legislação prevê sobre a questão em análise, relegando as questões doutrinárias, jurisprudenciais e os usos e costumes da sociedade para os casos de omissão da legislação.

Montesquieu (1973, p. 91), trouxe a ideia de que o juiz é *la bouche de la loi*, que significa, na tradução literal, o juiz é a “boca da lei”, ratificando o doutrinado pelo sistema jurídico *Civil Law*.

Entretanto, apesar de ser uma visão jurídica clássica adotada por inúmeros países e pelo Brasil desde a época da colonização portuguesa, o sistema *Civil law* vem, gradativamente, sofrendo modificações em sua forma de aplicação, dando mais ênfase a questões antes relegadas à subsidiariedade, mais notadamente quanto a jurisprudência, que vem ganhando força de vinculação e servindo como base de fundamento de várias decisões que, por muitas vezes, seriam prolatadas de forma diferente no ordenamento jurídico do *Civil Law* puro.

Com a modernização do direito devido à crescente mudança da sociedade, pode-se dizer que o sistema *Civil Law* vem se aproximando muito do ordenamento da *Common*

Law. Marinoni (2012, p. 4) defende que o papel do juiz brasileiro muito se aproxima do juiz americano, mormente em razão do poder-dever do magistrado de garantir a aplicação justa da lei e da Constituição ao caso levado a juízo.

Com a nova sistemática processual civil, os precedentes judiciais vêm ganhando cada vez mais força vinculativa, o que, segundo Júnior (2012, p. 363), contribui para a maior segurança jurídica e celeridade nos pronunciamentos judiciais, em específico nas demandas onde se discutem valores que suplantam os interesses pessoais dos litigantes de uma específica contenda judicial.

Não obstante a visão positiva que grande parte da doutrina extrai sobre a aplicação moderna do sistema *Civil Law* no direito brasileiro, cada vez mais próximo do *Common Law*, alguns estudiosos sobre o tema, como Lênio Luiz Streck e Dierle Nunes são enfáticos ao dizer que a nova sistemática adotada com o CPC em vigência não será suficiente para solução de todos os problemas enfrentados com a morosidade do Poder Judiciário.

Assim, mostra-se crescente a discussão sobre a aplicação de um sistema próprio de precedentes com o advento do novo CPC e se tal inclusão legislativa leva à alteração da sistemática jurídica aplicada no Brasil, passando da *Civil* para a *Common Law*, apesar da disposição constitucional que traz o positivismo como base jurídica.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A força dada aos precedentes judiciais com o advento do novo Código de Processo Civil é suficiente para considerar o sistema *Common Law* como sistema jurídico no Brasil?

1.3 HIPÓTESE

Com a entrada em vigor do novo CPC, fortaleceu-se ainda mais a teoria de que o ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente vinculado ao *Civil Law*, vem sofrendo gradativa aproximação e influência do *Common Law*, sendo cada vez mais valorados os precedentes judiciais, muitas vezes além da própria lei positivada.

De início, apesar da aproximação, em análise sumária pode-se dizer que, conforme maior parte da doutrina sobre o tema, a aproximação dos sistemas *Civil Law* e *Common Law* é um fenômeno natural e decorrente do avanço sociológico e não desvirtua as características primordiais de cada sistema.

No entanto, após análise mais aprofundada sobre o tema, encontram-se indícios de que a crescente aproximação dos dois sistemas, apesar de gradativa, pode levar futuramente a uma ruptura ideológica, ou seja, o Brasil pode, invariavelmente, adaptar-se futuramente ao sistema *Common Law* e passar a utilizá-lo como base jurídica.

Dessa forma, verifica-se que, atualmente, a aproximação dos sistemas *Common Law* e *Civil Law* é um acontecimento natural ante ao desenvolvimento social e para garantia da segurança jurídica, mas, futuramente, pode se tornar a base jurídica Brasileira, apesar de o texto constitucional prever o positivismo como tal.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

CIVIL LAW – consiste no sistema jurídico que adota, como fonte primária, o direito positivado, tendo origem e adoção majoritária nos países romano-germânicos.

COMMON LAW – consiste no sistema jurídico que utiliza como fontes primárias os costumes, decisões anteriores, precedentes de tribunais superiores, ordenamento este adotado, majoritariamente, por países de cultura anglo-saxônica.

1.5 JUSTIFICATIVA

Na sistemática processual civil atual, vem crescendo a força vinculante dos precedentes judiciais, onde decisões adotadas, mesmo que contrárias a legislação em vigor, suplantam-se ao direito positivado.

Assim, necessário destacar no que consiste essa força vinculante e se é uma tendência natural no direito brasileiro, bem como se sua aplicação será levada a efeito, mormente em razão da tradição nacional, onde predominam nos julgados o livre convencimento motivado dos juízes, estes muitas vezes decidindo ao arpejo das teses jurisprudenciais adotadas pelos tribunais superiores.

Em consulta as bases de dados, foram encontrados trabalhos que envolvem alguns pontos discutidos no presente trabalho monográfico, mas nenhum que siga a mesma linha de pesquisa aqui realizada.

O tema é alvo de discussão doutrinária, ainda pequena, já que, por ser uma inovação na legislação brasileira, não se sabe ao certo se a aplicação prática não levará à alteração do sistema jurídico brasileiro, previsto constitucionalmente, passando do *Civil* para o *Common Law*.

Dessa forma, verifica-se a importância do tema estudado, uma vez que nova a discussão, não havendo grande quantidade de obras e pesquisas neste sentido e, as que existem, são, na sua grande maioria, pouco profundas, fazendo-se necessária a abordagem mais aprofundada sobre a questão estudada na presente monografia.

1.6 OBJETIVOS

O presente trabalho possui os seguintes objetivos gerais e específicos:

1.6.1 Objetivo Geral

Analisar a aplicação do sistema *Common Law* como sistema jurídico no Brasil à luz do Novo Código de Processo Civil.

1.6.2 Objetivos específicos

Compreender os aspectos característicos dos sistemas *Civil e Common Law* e sua aplicação histórica.

Conceituar o termo “precedentes judiciais” e sua diferenciação com a jurisprudência.

Abordar a consolidação do precedente judicial e sua estabilização.

Verificar as hipóteses de superação e alteração dos precedentes judiciais, bem como a modulação dos seus efeitos.

1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Quanto ao método científico, Leonel e Motta (2007, p.64) afirmam que “consiste no ponde de ligação entre a dúvida e o conhecimento” e esclarecem que o mencionado método divide-se em dois tipos, quanto à abordagem e ao procedimento.

O método científico de abordagem utilizado será o método dedutivo que, nas palavras de Heerdt e Leonel (2007, p. 45), “parte do conhecimento de dados universais para a conclusão de questões mais específicas, particulares”.

Quanto ao nível de profundidade, a presente pesquisa se classifica como exploratória, já que se buscará maior conhecimento acerca do objeto de estudo para, então, possivelmente atingir os objetivos previamente fixados.

Quanto ao procedimento utilizado na coleta de dados, o trabalho de pesquisa será de caráter bibliográfico, “[...] tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes [...]” (HEERDT; LEONEL, 2007, p. 69).

No que tange à abordagem, a pesquisa é classificada como qualitativa, já que se buscará interpretar os dados coletados ressaltando seu aspecto subjetivo-interpretativo, não se ignorando o possível distanciamento da pesquisa (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 108).

Por fim, quanto aos instrumentos utilizados para coleta de dados, a pesquisa se desenvolverá com a leitura de obras doutrinárias, livros jurídicos, teses de doutorado, dissertações, publicações em periódicos, entre outros.

1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O trabalho em análise tem por objetivo analisar a doutrina e outras fontes de pesquisa para verificar a aplicação do sistema *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ser, tradicionalmente, um país adotante do *Civil Law*.

Assim, o presente trabalho foi desenvolvido no total de cinco capítulos, utilizando o método dedutivo de abordagem, sendo o primeiro capítulo a introdução aqui desenvolvida.

No segundo capítulo, serão explicitadas as noções históricas e gerais de aplicação dos sistemas *Civil* e *Common Law*.

Após, no terceiro capítulo, serão estudados os precedentes judiciais, a sua definição, como é o surgimento de um precedente, a sua vinculação em todas as suas camadas, o que é um precedente qualificado e os métodos de superação de um precedente, como *overruling*, *distinguishing* e a modulação de seus efeitos.

No quarto capítulo, será abordado o tema de pesquisa, buscando verificar a aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do novo CPC, e se tal novidade legislativa leva à aplicação do sistema *Common Law* no Brasil.

Por fim, a conclusão do presente trabalho monográfico fica reservada para o quinto capítulo.

2 SISTEMAS JURÍDICOS

No direito moderno, tal como se vê atualmente, existem dois sistemas legais amplamente aplicados nos ordenamentos jurídicos dos países, são eles o *Civil* e o *Common Law*, métodos totalmente diferentes entre si, seja na sua definição ou na sua origem histórica.

Nesse sentir, antes de qualquer análise sobre a aplicação destes sistemas e suas particularidades, necessário se faz abordar o conceito de cada um dos institutos e sua história, elemento fundamental para compreendermos a delicadeza e complexidade de sua aplicação nas nações adotantes de cada um.

2.1 CIVIL LAW

2.1.1 Conceito

O conceito *Civil Law* surgiu com a grande influência do direito romano sobre a sociedade europeia continental, passando os países de língua inglesa a referirem-se ao sistema legal baseado no direito romanista com referida expressão, diferenciando-a do sistema *Common Law*, que privilegia os precedentes como fonte primordial do direito (VIEIRA, 2007, p. 270).

2.1.2 Abordagem histórica

O direito romano-germânico, base do sistema *Civil Law*, foi o pioneiro na positivação das normas sociais, cuja primeira ocorrência conhecida é a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou *Duodecim Tabulae* em latim), originada no período arcaico, por volta de 510 a.C., onde dez magistrados reunidos redigiram o texto em doze tábuas, feitas de bronze, sendo aprovada e imposta no ano de 455 a.C. (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 29).

Ainda, conforme lecionam Tucci e Azevedo (2001, p. 29), a Lei das XII Tábuas é considerada a fonte primordial de todo o direito romano, constando, inclusive, nas tábuas I, II e III, as primeiras noções de citação de sobre o processo de execução.

Analisando o conjunto da Lei das XII Tábuas, percebe-se que a divisão da temática é semelhante à aplicada atualmente, no Código Civil, por exemplo, cada assunto possuindo, na Lei romana, uma tábua específica, de forma a evitar confusão na interpretação da legislação positivada.

Conforme consta no sítio eletrônico do STF (2009), a Lei das XII Tábuas assim era dividida:

Temas

Tábuas I e II – Organização e procedimento judicial;

Tábua III – Normas contra os inadimplentes;

Tábua IV – Pátrio Poder;

Tábua V – Sucessões e tutela;

Tábua VI – Propriedade;

Tábua VII – Servidões;

Tábua VIII – Dos delitos;

Tábua IX – Direito público;

Tábua X – Direito sagrado;

Tábuas XI e XII – Complementares.

A prática da legislação positivada foi a regra durante maior parte do Império Romano, sendo a jurisprudência, a doutrina e os costumes fontes subsidiárias na solução dos conflitos, vigorando a força da lei escrita. A jurisprudência no direito romano, como lecionam Barreiro e Parício (2010, p. 40), é apenas uma influência interpretativa da lei escrita, ou seja, a jurisprudência deriva da lei, e não o contrário.

Dada a influência do Império Romano na Europa e sua força ideológica, a adoção das leis escritas se estendeu por toda a Europa Ocidental, influenciando inúmeras nações e colônias a editarem legislação própria, da mesma maneira adotada em Roma. Segundo Vieira (20017, p. 270), foi em razão disso que o termo *Civil Law* passou a ser usado nas nações de origem inglesa, desde o período medieval, sendo lecionado nas universidades e adotados nos sistemas jurídicos dos países europeus.

Assim, percebe-se que o Estado Romano é o pilar do sistema *Civil Law*, sendo no Império Romano a origem dos princípios do referido instituto.

No entanto, apesar de inovadora, a legislação escrita adotada pelos países na pré-revolução industrial, por ser interpretada por magistrados membros de uma casta social que gozava de todos os benefícios, passou a ser aplicada de forma abusiva em favor da nobreza e em detrimento da parte menos favorecida da sociedade. Por isso, com a revolução francesa, visando coibir estes abusos, os magistrados ficaram limitados à aplicação do texto legal, não podendo fazer interpretações extensivas do texto positivado, conferindo, na visão da época, certeza jurídica às decisões judiciais (MARINONI, 2009, p. 46).

Ou seja, a legislação escrita, após a revolução francesa, era a representação concreta dos desejos e da necessidade da sociedade em questão, devendo o magistrado ater-se

ao texto legal quando da prolação de suas decisões (WAMBIER, 2010, p. 36). Os juízes, portanto, eram apenas a “boca de lei”, como assim defendia Montesquieu (1973, p. 91), não havendo margem interpretativa aos julgadores.

Segundo Wambier (2009, p. 55), o direito passou a ser apenas uma questão de lógica, limitado na fórmula “Lei + fatos = decisão”.

No Brasil, a adoção do sistema *Civil Law* se deu após a edição da Constituição Federal de 1988, que deixou claro, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Segundo Ramires, o direito brasileiro é vinculado a atividade legislativa (2010, p.61).

2.2 *COMMON LAW*

2.2.1 Conceito

O sistema *Common Law* (direito comum, na tradução livre), mostra-se o inverso das idéias adotadas no *Civil Law*. O *Common Law* baseia-se em regras não positivadas, que derivam de posicionamentos jurisprudenciais de magistrados da Inglaterra antiga, de forma contínua, ininterrupta e representativa dos costumes sociais (WAMBIER, 2009, p. 54).

Ou seja, referido sistema foi construído ao longo do tempo, vinculado à tradição da sociedade inglesa, berço de tal plano jurídico, sendo os casos concretos a fonte primordial do direito. Na medida do surgimento dos casos específicos, esses foram sendo decididos pela magistratura britânica, e os casos semelhantes seguiam o mesmo raciocínio antes explicitado no *leading case* (WAMBIER, 2009, p. 54).

Assim, ao contrário do sistema *Civil Law*, o *Common Law* é um sistema jurídico mais livre a interpretações, aberto às mudanças sociais, sendo escassas as legislações editadas no sistema de origem inglesa.

2.2.2 Abordagem histórica

Como lecionam Crocetti e Drummond (2010, p. 20-21), durante os séculos X e XI, o território inglês era subdividido em unidades distritais que adotavam, por suas cortes judiciais, o direito então denominado de “popular anglo-saxão”, oriundos das sociedades germânicas.

Segundo Porto (2006, p. 762), após a invasão normanda dos territórios ingleses, que ocorreu no ano de 1066, instaurou-se a sociedade feudal na Inglaterra, onde surgiram as primeiras ideias do sistema *Common Law* como se tem hoje.

O Poder Judiciário Inglês, após a invasão normanda e da aplicação dos costumes para solução de contendas, era representado pelos Tribunais Reais de Justiça, ou Tribunais de Westminster, em razão de sua localização, como ensina David (2006, p. 360).

Assim, nos ensinamentos de Crocetti e Drummond (2010, p.23), o sistema *Common Law* teve sua origem com a criação dos Tribunais Reais de Justiça, que utilizavam o costume e os hábitos da sociedade inglesa da época, influenciada pelas ideias normandas, para solucionar os conflitos judiciais, prática que se estendeu de maneira estabilizada e permanente, criando o sistema tal como é atualmente aplicado.

2.2.2.1 Da criação do sistema *Equity Law*

Até a consolidação efetiva do sistema *Common Law*, os problemas enfrentados com a crueza de tal ideologia levou à adoção de medidas diversas para solução de conflitos, sendo a mais conhecida delas o sistema da *Equity Law*.

A *Equity Law*, na tentativa de abranger todos os casos específicos, e não só daqueles precedentes específicos solucionados pelos Tribunais Reais de Justiça, extraía a ideia geral do precedente e a adaptava ao caso concreto analisado, ainda que por analogia, de modo a abarcar e analisar todas as lides da sociedade, como leciona Cretella (1986, p. 4).

O procedimento adotado no sistema *Equity Law* se assemelha à interposição de recursos, tal como visto atualmente no CPC, por exemplo. Um cidadão inglês, irrisignado com a negativa de seu direito nos Tribunais de Westminster, procuravam o Rei para que o monarca solucionasse a lide exposta. Referidos recursos eram analisados pelo Chanceler nomeado pelo Rei, conforme ensinamentos de David (2006, p. 371).

Em razão do grande número de incidência de tais “recursos”, criou-se um conjunto de normas específicas para a solução dos casos particulares.

Porém, apesar do surgimento gradativo do sistema *Equity Law*, este não foi forte o suficiente para suplantar o *Common Law* que ficou cada vez mais organizado, ao passo que o primeiro ruiu em face da demora da solução dos litígios por parte do Chanceler.

Apesar de durar pouco a vigência do *Equity Law*, este sistema, segundo Mancuso (1999, p. 162), influenciou, de forma positiva, o sistema *Common Law*, uma vez que

instrumentalizou o Poder Judiciário, passando a tratar de forma igual os casos levados à análise da Justiça.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS

Neste capítulo, será abordado o conceito de precedentes judiciais, sua formação e vinculação, as modalidades de precedentes qualificados e sua superação

3.1 CONCEITO

Segundo os ensinamentos de Wambier e Talamini (2016, p. 693), o conceito de “precedente judicial”, concentrava na interpretação literal do termo para destacar uma decisão pretérita que embasa um julgamento presente, em questão análoga ou idêntica. Ou seja, um precedente nasce não com a prolação da decisão originária, no *leading case*, mas sim quando invocada para solução de outro processo futuro. Tal definição é a amplamente adotada no sistema brasileiro assim como nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Não obstante, recentemente passou-se a relacionar o termo “precedente” para casos mais amplos, classificando as decisões judiciais que, desde a sua emissão, possuem a finalidade de vincular, em determinado grau, pronunciamentos futuros em processos em que são discutidas as matérias decididas originalmente (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 694).

Os fundamentos que são determinantes para a prolação de determinada decisão, que pode gerar um precedente judicial vinculativo, são chamados de *ratio decidendi* (razão de decidir), que representa todas as razões que levaram o juízo a decidir de respectiva maneira, bem como a necessidade de formação de um precedente com a decisão, sendo necessária a justificação detalhada da decisão, formulada por abstrações (MARINONI, 2015, p. 673).

Como exemplo, temos a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, aforada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), proferida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que considerava crime a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Com a prolação da decisão do ADPF 54, todo julgamento de casos que envolvam a temática do aborto de fetos anencéfalos será norteadada pelo pronunciamento do STF, que considerou inconstitucional a criminalização de tal prática.

Apesar de hoje ser definido como “precedente”, os pronunciamentos judiciais vinculativos ocorrem há muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro. As decisões do STF em controle direto de constitucionalidade, como acima descrito, ocorrem, segundo Wambier e Talamini (2016, p. 694), desde 1960, com eficácia *erga omnes* das decisões, desde sua

prolação, e, já em 1990, reconhecia-se como vinculantes as decisões proferidas pelo STF, nos casos particulares de controle de constitucionalidade.

Em razão disso, o termo “precedente” se estendeu para precedentes vinculativos ou obrigatórios. Com a entrada em vigência do CPC atual, reconheceram-se as hipóteses de vinculação dos precedentes, em maior ou menor medida.

Nota-se que o CPC de 2015 (BRASIL, 2015) traz as duas definições do termo “precedente”. No § 2º do artigo 926, por exemplo, consta a definição clássica, onde o precedente nasce quando invocado em caso futuro para sua solução:

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

[...]

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

Noutro lado, no artigo 927, § 5º, o CPC (BRASIL, 2015) em vigor apresenta uma hipótese da segunda interpretação da expressão “precedente”, que nasce desde a prolação da decisão, e não apenas quando invocada para basear pronunciamento futuro:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

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

Dessa forma, atualmente existem dois tipos distintos de conceituação de precedentes judiciais, a depender do momento de produção de seus efeitos vinculantes, conforme exposto na doutrina e no próprio texto legal em vigor com o Código de Processo Civil de 2015.

3.2 FORMAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO

3.2.1 *Leading case*

O *leading case*, na sistemática de precedentes judiciais de eficácia vinculante, pode ser compreendido como o “caso-piloto”, ou seja, aquele processo que originou o precedente que será utilizado como fundamento em processos futuros.

É no *leading case*, portanto, que será encontrada a *ratio decidendi*, cujo significado será estudado adiante.

3.2.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

Com a edição do novo CPC, instaurou-se uma nova forma de criação de um precedente judicial obrigatório, através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, positivado nos artigos 976 e seguintes, do referido diploma legal.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

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.

Ou seja, resta evidente a intenção do legislador, ao criar tal procedimento, de contribuir para a celeridade processual e uniformização das decisões judiciais, conferindo certeza jurídica aos jurisdicionados que são partes em demandas de extrema ocorrência, como recentemente ocorreu no caso das demandas que discutiam o sistema de *Scoring*, por exemplo.

Referido incidente pode ser instaurado pelo juiz ou relator, via ofício, pelas partes, por petição, ou pelo Ministério Público e Defensoria Pública, também por peticionamento, nos termos do artigo 977 do CPC (BRASIL, 2015).

Quanto à vinculação da decisão proferida no incidente estudado, o artigo 985 do CPC (BRASIL, 2015), dispõe que a eficácia se dará em todos os processos em curso que envolvam a mesma matéria do caso do IRDR, bem como sobre todos os futuros casos que envolvam a mesma questão:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Dessa forma, verifica-se que o instrumento processual trazido com o novo CPC confere a possibilidade de sedimentar um entendimento, de forma pretérita, nas demandas repetitivas, evitando o alongamento da discussão e a prolação de decisões distintas para o mesmo caso levado a conhecimento do Judiciário, garantindo segurança jurídica à todos os jurisdicionados.

3.2.3 *Ratio decidendi*

Nos ensinamentos de Didier, Braga e Oliveira (2013, p. 427-428), *ratio decidendi* é o fundamento jurídico da decisão judicial formadora do precedente, a tese que fundamenta a solução do caso concreto, sem a qual não se teria chegado à conclusão da lide submetida à análise do Poder Judiciário. Além disso, *ratio decidendi* representa também a norma construída pela decisão judicial formadora do precedente, que servirá como parâmetro para os casos futuros, portanto, dotada de poder vinculante.

Uma decisão judicial, inclusive, poderá ter mais de uma *ratio decidendi*, a depender dos fundamentos jurídicos e das teses aplicadas que levaram o julgador de uma forma específica no processo formador do precedente.

No Brasil, segundo Marinoni (2013, p. 307), o termo *ratio decidendi* também é conhecido como “motivo determinante de uma decisão”, ou seja, é o fundamento base de todo o raciocínio do pronunciamento judicial, sem o qual tornaria precária a fundamentação do julgador na prolação da decisão.

3.2.4 *Obiter dictum*

Ao contrário da *ratio decidendi*, que representa a motivação essencial da resolução do caso representativo, o *obiter dictum* representa os acessórios da decisão prolatada no *leading case*, ou seja, elementos que não influenciam diretamente na resolução do caso concreto.

É tudo aquilo que, mesmo que ausentes da decisão judicial, o sentido desta não seria alterado, tampouco os termos finais do julgado.

Portanto, entende-se por *obiter dictum* todo o teor de caráter auxiliar da decisão do *leading case*, na função de acessório da *ratio decidendi*, não sendo essencial para manutenção do entendimento lançado pelo órgão julgador.

3.3 FORÇA VINCULANTE

Os precedentes judiciais, em razão de seus diferentes momentos de surgimento, possuem vinculações distintas e eficácias particulares, havendo complexidade em entender o nível de força vinculante que uma decisão possui sobre os tribunais inferiores.

Os doutrinadores Wambier e Talamini (2016, p. 696) assim lecionam:

[...] A questão delicada reside em saber em que medida a decisão tomada por um tribunal em um dado caso vincula os órgãos jurisdicionais inferiores (e, eventualmente, órgãos de toda a Administração Pública) mesmo em relação a outros casos, entre outras partes, que são objeto de outros processos. Vale dizer, trata-se da questão da força vinculante *erga omnes* ou *ultra partes*.

Segundo Talamini (2011, p. 136), a força vinculante em sentido estrito é a imposição de uma interpretação judicial e sua aplicação pelos outros órgãos dos estados de maneira *erga omnes*, sob pena de desobediência à competência do órgão que emitiu a decisão.

Em razão disso, necessária a análise dos diferentes tipos de vinculação de um precedente judicial.

3.3.1 *Stare decisis*

Sabino (2010, p. 55) expõe que a expressão *stare decisis* tem sua origem no termo latino “*stare decisis ET non quita movere*”, que, na tradução literal, significa “respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido”. O *stare decisis* é a primeira definição de um sistema de precedentes vinculativos, exigindo que uma decisão seja observada sempre que outro Tribunal precise julgar caso semelhante.

Crocetti e Drummond (2010, p. 24) ensinam que a doutrina tem origem nas Cortes inglesas, que, em reuniões, discutiam sobre as questões de análise complexa e definiam um precedente a ser utilizado nas futuras decisões sobre o caso.

Segundo a doutrina do *stare decisis*, que é parte integrante do grande sistema do *Common Law*, o precedente transcende as partes do processo e busca solucionar o bem jurídico em discussão, sendo a experiência dos julgadores fator preponderante para análise da aplicação dos precedentes, caso a caso.

3.3.2 Força vinculante *ultra partes*

De início, destaca-se que toda decisão judicial possui caráter vinculativo no que concerne às partes integrantes da lide. As partes componentes dos pólos da lide ficam vinculadas aos comandos judiciais proferidos no processo em que litigam, ficando a decisão atrelada a parte, não podendo outro juízo impor nova manifestação sobre o mesmo tema, uma vez que já existente decisão pretérita e vinculativa (TALAMINI, 2011, p. 137).

3.3.3 Extensão ampla dos efeitos das decisões judiciais

Assim como para as partes que litigam no processo, Talamini (2011, p. 137) ensina que os efeitos da sentença possuem aptidão para atingir terceiros alheios a lide que gerou a decisão.

Ou seja, em razão do poder jurídico de um ato estatal, a decisão judicial precisa ser observada e respeitada por todos os terceiros que convivem em sociedade, ainda que não sejam partes no processo. A partir do momento que uma decisão judicial atinja terceiro alheio a lide, conferindo-o legitimidade e interesse de agir, pode este pleitear novo pronunciamento judicial, decorrente dos efeitos de uma decisão em processo que sequer tinha conhecimento, não produzindo, em relação a este, os efeitos da coisa julgada (TALAMINI, 2011, p. 137).

Portanto, a decisão judicial não possui, unicamente, efeito *ultra partes*, podendo atingir terceiros alheios à lide.

3.3.4 Vinculação padrão (vinculação fraca) ou de mera persuasão

A primeira forma de vinculação de uma decisão é a vinculação fraca, ou de mera persuasão, que é aquela invocada pelas partes integrantes de uma contenda judicial para convencimento do juízo ou invocado pelo próprio magistrado para fundamentar a decisão tomada, funcionando o precedente como mero argumento de autoridade (TALAMINI, 2011, p. 144).

O uso do precedente como ato de mera persuasão é a utilização mais tradicional no âmbito do sistema *Civil Law* e, apesar da denominação, possui grande importância, uma vez que, em países como o Brasil, a segurança jurídica e isonomia das decisões faz com que os tribunais tenham que decidir de maneira harmônica, não podendo deixar de analisar a eficácia de um precedente sobre determinado caso submetido à análise do Poder Judiciário (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 696).

3.3.5 Vinculação média

Neste aspecto, os precedentes de vinculação média permitem que, havendo orientação jurisprudencial consolidada, os órgãos judiciais ou administrativos podem, para simplificar os procedimentos e a abreviação dos processos judiciais, adotarem medidas não usuais (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 697).

Os autores Wambier e Talamini (2016, p. 697) citam, dentre outros, estes dois exemplos:

[...] (i) as regras que autorizam o relator a decidir monocraticamente recursos respaldado em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamentos de recursos repetitivos; em entendimento firmado em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou em súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores (art. 932, IV e V); (ii) a regra que dispensa o órgão fracionário do tribunal de remeter a questão de constitucionalidade para o seu plenário ou órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, quando já há anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF (art. 949, parágrafo único) [...].

Ou seja, nesse tipo de normas, não é dada obrigatoriedade de observação do precedente, mas autoriza o órgão da jurisdição inferior para que este deixe de observar outra formalidade, visando garantir a celeridade do processo e o andamento rápido da contenda, simplificando sua atividade (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 697).

Segundo Talamini (2011, p. 146), não existe como equiparar as hipóteses de vinculação média com força vinculante propriamente dita. Isso porque o órgão jurisdicional ou administrativo que não observa determinado precedente, caso entenda que não se faz necessário, não desrespeita a autoridade do órgão superior, uma vez que é uma mera permissão de agir, e não uma imposição.

3.3.6 Vinculação forte (vinculação em sentido estrito)

Nas vinculações fortes, existe uma imposição do órgão superior para que os demais órgãos inferiores, administrativos ou judiciais, sigam os regramentos definidos nos precedentes, sob pena de afronta à autoridade do tribunal prolator da decisão. Caso assim proceda o órgão inferior, a parte pode apresentar, inclusive, reclamação perante o órgão prolator do precedente, exigindo que seja preservada a autoridade deste (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 698).

3.4 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Apesar da força vinculativa dos precedentes, estes possuem maneiras de serem superados, ou seja, seus efeitos não se perpetuam, mas podem ser superados com a mudança social e dos posicionamentos jurisprudenciais em razão da evolução social.

Dentre as formas de superação dos precedentes, temos como destaque o *Distinguishing* e o *Overruling*, que serão abordados de forma mais detalhada nos tópicos a seguir.

Além disso, os precedentes judiciais podem ter seus efeitos modulados, dada a particularidade do caso concreto.

3.4.1 *Distinguishing*

O termo *Distinguishing* (distinção), representa os casos em que a questão submetida à análise do julgador possui precedente resolutivo de caso semelhante e aplicável ao processo analisado, onde será adotado o raciocínio analógico. Caso as questões do processo em análise pelo julgador e do que gerou o precedente não sejam semelhantes, com particularidades que os distinguem, o precedente não deve ser aplicado, aplicando a distinção do caso com o precedente.

Assim lecionam Marinoni e outros (2015, p. 704):

Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é o caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação.

O artigo 489, § 1º, inciso V, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), por exemplo, apresenta um caso de *Distinguishing*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

O mesmo diploma legal acima citado, ao tratar sobre o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, dispõe no § 9º do artigo 1.037 (BRASIL, 2015), um outro caso de aplicação do *Distinguishing*:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

[...]

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

Nunes e Horta (2015, p. 313), ao tratar sobre o instituto do *Distinguishing*, ressaltam a extrema importância desta e dos artigos citados acima, uma vez que, nos países que adotam tradicionalmente o sistema *Common Law*, não raro utilizam forçadamente o *Distinguishing* apenas para afastarem um precedente que entendem ruim (*bad law*) mas, que por emanar de tribunal superior, não pode ser passível de revogação (*Overruling*) ou ser afastado de outra forma.

Assim, ao dispor que o julgador não pode furtar-se da apreciação de um precedente levantado pela parte, o legislador evita que os magistrados deixem de aplicar determinado precedente por convicção pessoal, devendo avaliar, obrigatoriamente, os critérios objetivos e técnicos do caso concreto para aplicação do precedente.

Além disso, necessário destacar que não basta a mera alegação de distinção pelo magistrado para que seja superado o precedente emanado de tribunal superior e de vinculação forte. Para tanto, o *Distinguishing* deve ser convincente, levando que o caso seja julgado de forma isolada do precedente, dada a sua particularidade que assim imponha (MARINONI, 2013, fl. 326).

Ao contrário do que possa parecer, a aplicação do *Distinguishing* não caracteriza o enfraquecimento do precedente, mas sim faz com que ocorra, como ensinam Nunes e Horta (2015, p. 309), a “maturação do direito jurisprudencial”, uma vez que o magistrado de jurisdição inferior, invariavelmente, necessita ponderar sobre o precedente que emana do *leading case*, destacando sua importância, mas que diverge em pontos fundamentais do caso analisado.

Noutro lado, Marinoni (2013, p. 327) destaca que, apesar da não aplicação de determinado precedente não representar, *a priori*, uma perda de força vinculativa, o rotineiro afastamento pelos magistrados do precedente pode representar que o entendimento dos tribunais superiores no caso pretérito não é mais aceito pela comunidade jurídica e pelos tribunais.

Nos ensinamentos de Didier (2015, p. 491), o *Distinguishing*, caso aplicado, produz dois efeitos práticos de extrema importância:

[...] (i) dar a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, § 1º, VI e 927, § 1º do CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida nos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, § 1º, V e 927, § 1º do CPC.

Ou seja, o entendimento acima destacado confirma que o *Distinguishing* é ferramenta de extrema importância para manutenção da força de um precedente, bem como para garantir que o entendimento jurisprudencial evolua com os anseios sociais e da comunidade jurídica como um todo.

3.4.2 *Overruling*

Assim como o *Distinguishing*, o *Overruling* (superação) é um método de superação dos precedentes judiciais vinculantes, visando garantir a melhor decisão judicial para o caso concreto, acompanhando a evolução social e da comunidade jurídica, evitando que o Poder Judiciário se mantenha engessado em virtude das decisões pretéritas, que, tradicionalmente, entrem em desuso conforme as exigências da sociedade e com as mudanças dos costumes de determinado povo.

O *Overruling* pode acontecer de maneiras distintas, levando à superação do precedente por razões distintas.

Nery e Nery (2016, p. 512) lecionam que a superação do precedente, por meio do *Overruling*, pode ocorrer com:

- (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.

Nota-se, portanto, que uma decisão posterior pode revogar um precedente vinculativo, desde que de maneira fundamentada, como assim deve ser qualquer pronunciamento judicial.

Além disso, quando as regras constantes em determinado precedente se mostram impraticáveis na sociedade atingida, ou quando as ideias constantes na decisão originária não mais guardam relação com os costumes e valores da época, o precedente deve ser afastado, para garantia da certeza jurídica.

Quanto à eficácia do *Overruling*, esta é *ex nunc*, ou seja, não possui efeito retroativo, garantindo que as decisões pretéritas a que superou o precedente se mantenham hígidas, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados atingidos pelo precedente vinculativo então superado.

Destaca-se que, quando superado um precedente e revogado pelo *Overruling*, extingue-se também a *ratio decidendi* constante no julgado pretérito, sendo as ideias que

levaram à formulação do precedente tornadas obsoletas, não mais aplicáveis na sociedade (MACEDO, 2015, p. 484).

Por mais que represente uma importância fundamental no sistema do *Common Law*, o *Overruling* é a *ultima ratio*, ou seja, não deve ser uma medida rotineiramente adotada pelos julgadores que analisam a superação ou não de um precedente. Vários fatores devem ser levados em consideração, necessitando de fundamentação concreta e razoável, não podendo se limitar a um entendimento pessoal do julgador ou por mera pressão de parte da sociedade atingida pelo precedente (MARINONI, 2006, p. 389).

Assim como ocorre no *Distinguishing*, a superação de um precedente que não representa os interesses sociais, por meio do *Overruling*, não representa um enfraquecimento do sistema *Common Law*, mas sim garante a sua existência, eis que garante a coerência dos órgãos julgadores, seja nos procedimentos internos ou quanto à sua atuação com os membros externos, como ensinam Ladeira e Bahia (2014, p. 288).

No Brasil, após a edição do novo CPC, evidenciou-se duas condições para superação de um precedente, adotando o procedimento do *Overruling*.

O primeiro caso encontra-se positivado no artigo 927, § 2º, do mencionado diploma legal, cuja redação é:

Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Conforme o dispositivo legal citado, o precedente deve corresponder ao melhor interesse social, que será alcançado com o envolvimento dos integrantes da respectiva sociedade, órgãos de representação, entre outros, que buscarão encontrar a tese que melhor se adapta aos anseios sociais, em detrimento do precedente superado.

Num segundo momento, o CPC de 2015, no § 4º do artigo 927, citado acima, determina que, para que seja modificado determinado enunciado se súmula, entendimento pacificado nos tribunais ou teses constantes nos julgamentos de casos repetitivos, necessária se faz a fundamentação adequada das decisões, específica ao caso concreto, em harmonia com os princípios da segurança jurídica e isonomia das decisões:

Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de

fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Assim, o *Overruling* se mostra uma ferramenta indispensável para garantir a isonomia das decisões judiciais vinculativas, garantindo que o sistema *Common Law* e suas ideologias adotadas em países em que vigora o *Civil Law*, mas que possuem influências do sistema anglo-saxão, como é o caso do Brasil, seja cada vez mais aprimorado, sempre com a observação dos anseios sociais e da comunidade jurídica em questão.

3.4.3 *Overriding*

O *Overriding*, muito utilizado no sistema jurídico dos Estados Unidos, é uma forma restritiva da incidência de determinado precedente, sem haver revogação da decisão vinculativa. O que há, em verdade, é uma sinalização de que se está construindo um novo posicionamento nos tribunais, haja vista a tênue alteração do caso alvo do precedente, gerando a alteração gradativa da forma de decidir dos tribunais. No entanto, por ser minimamente diversa a questão, não se faz necessária a revogação do precedente, mas apenas a sua aplicação distinta ao caso concreto em análise (LIMA, 2013, p. 209).

Tal sinalização é conhecida no sistema *Common Law* como *signaling*, ou seja, por mais que não ocorra uma superação, *Overruling*, os tribunais dão sinais de que uma decisão pode ser alterada, ou que passarão a adotar determinada orientação sobre o tema.

Ou seja, no *Signaling*, apesar de reconhecer que um precedente não possui mais vinculação com a sociedade e, portanto, deve deixar de ser aplicado, os tribunais deixam de revogá-lo, de modo a garantir segurança jurídica e previsibilidade das decisões pelos jurisdicionados (MARINONI, 2010, p. 335).

Portanto, o *Overriding*, ainda que não tão comum quanto as outras formas de superação dos precedentes estudadas, é uma ferramenta importante para constante evolução dos entendimentos jurisprudenciais, sinalizando as mudanças sociais e que precisam ser albergadas pelo Poder Judiciário.

3.4.4 *Transformation* (transformação)

Na transformação dos precedentes vinculativos, como o próprio termo assim sugere, não ocorre a revogação do precedente anterior, mas sim a sua tentativa de adaptação às novas questões submetidas à análise do Poder Judiciário, cujo fundamento para solução é diverso do aplicado na decisão pretérita.

Em verdade, o que se faz na transformação é uma revogação velada do precedente vinculativo, pois, por mais que se aduza a aplicação de determinado precedente de forma diversa, o que se aplica é a criação de uma nova regra ao caso, diversa da decisão constante do *leading case* (MACEDO, 2015, p. 369).

Tal prática é prejudicial à segurança jurídica pois, ao alterar o entendimento de um precedente sem, no entanto, explicitar a mudança e proceder a sua estabilização, ocorrerá uma pluralidade de entendimentos, uma vez que os juízes, por desconhecer a alteração do precedente, utilizarão os fundamentos da decisão ultrapassada para fundamentar suas decisões, contrariando o princípio da segurança jurídica e da uniformidade das decisões judiciais. (MARINONI, 2010, p. 345).

Em razão de gerar insegurança jurídica, a transformação dos precedentes é medida não aconselhável, pois mascara uma alteração de entendimentos em favor de uma pseudo-harmonização das decisões e imutabilidade dos julgados.

3.4.5 *Anticipatory Overruling* (superação antecipada)

Nos casos de superação antecipada, o *Overruling* não se dá em instância final, proferida pelo órgão judicial de maior superioridade para julgamento do caso. Ocorre, em verdade, a mudança da regra aplicada pelo precedente pelos próprios magistrados dos órgãos inferiores, por entenderem que existe grande probabilidade de mudança do precedente por uma corte superior (WAMBIER, 2012, p. 43).

A antecipação da superação dos precedentes é, portanto, um fenômeno que se configura, nas palavras de Marinoni (2010, p. 402), pela antecipação a provável revogação de um precedente pelos tribunais superiores.

Alguns sinais são observados pelos magistrados dos órgãos judiciais inferiores para que tal antecipação ocorra. Dentre eles, vale citar o desgaste do precedente, em razão das próprias decisões dos tribunais superiores, que entendem de maneira diversa da decisão vinculativa, sinalizando uma possível mudança de entendimento, adiantada pelos magistrados de piso.

Por óbvio que, como em qualquer decisão judicial, em específico aquelas que alteram o entendimento pretérito fixado, necessária fundamentação idônea da decisão que supera antecipadamente o precedente, devendo ser destacados os motivos de inconsistência da decisão originária e os indícios de que os tribunais superiores, muito provavelmente, alterarão o seu entendimento (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 97).

Neste sentir, a superação antecipada, desde de que fundamentada e embasada em indícios concretos, garante a celeridade da justiça, tendo em vista a adoção de entendimento mais atual no caso concreto nos órgãos jurisdicionais inferiores, não obstante pender manifestação de superação do precedente por parte dos tribunais superiores, beneficiando os jurisdicionados com a melhor prestação da Justiça.

3.4.6 *Retrospective Overruling* (superação retrospectiva do precedente)

No sistema *Common Law*, as decisões formadoras de um precedente possuem efeito retroativo, ou seja, com o nascimento de um entendimento vinculante, este albergará não só os fatos jurídicos que ocorrem após a sua edição, mas também todos os demais acontecimentos anteriores a sua edição

Não obstante, existem duas teorias da retroatividade de um precedente, são elas a retroatividade pura e a retroatividade clássica.

Pelo sentido da retroatividade pura, o precedente possui aplicação em todos os fatos jurídicos, anteriores ou não à edição da decisão vinculativa, valendo, inclusive, para os processos com sentença transitada em julgado. Noutro lado, no sentido clássico da retroatividade, o precedente possui influência unicamente sobre os fatos anteriores e posteriores, excluídos os direitos prescritos ou fulminados pela decadência, bem como os que constam com sentença transitada em julgado (SOUZA, 2006, p. 160).

Apesar de possível, a superação retrospectiva dos precedentes judiciais sofre duras críticas quanto ao desrespeito da confiança das decisões judiciais. Segundo Souza (2006, p. 161), a retroatividade de um precedente, seja originário ou modificativo, pode levar a enormes prejuízos para a comunidade jurídica e, principalmente, aos jurisdicionados, já que a população, via de regra, sofre influências em seus costumes de acordo com determinado posicionamento jurisprudencial, seja na área econômica, trabalhista, cível, penal, tributária, entre outras.

No entanto, guardadas as críticas a tal proceder, a superação retroativa garante a aplicação da lei mais adequada no tempo e que mais se assemelha aos anseios da sociedade, modernizando os institutos jurídicos, tornando inaplicáveis posicionamentos obsoletos e não correspondentes aos interesses sociais.

No Brasil, conforme leciona Ataíde Júnior (2012, p. 168), aplica-se a retroatividade clássica, ou seja, os precedentes jurisprudenciais vinculam os processos em curso, anteriores ou não à decisão prolatada e de caráter vinculativo.

3.4.7 *Prospective Overruling* (superação prospectiva do precedente)

Quanto a superação prospectiva dos precedentes judiciais, esta é entendida como aquela que impede a retroatividade de um precedente, visando, em casos específicos, garantir a segurança jurídica e a certeza das decisões judiciais anteriores, por ser medida que confere mais justiça em caso específico, fugindo da regra de retroatividade dos precedentes jurisprudenciais.

Como exemplo, tem-se a seguinte situação. Recentemente, reconheceu-se, jurisprudencialmente, a possibilidade de casamento entre homossexuais. No entanto, anos depois, novo precedente supera o anterior, passando a considerar inválida as uniões de casais homoafetivos. Nesse caso, a retroatividade do novo precedente, que revogou o anterior, mostra-se medida injusta, derruindo as relações anteriores estabelecidas em virtude de um posicionamento jurisprudencial. Como leciona Ataíde Júnior (2012, p. 169), a sociedade, adaptada a certo precedente judicial, cria relações jurídicas em razão deste, não podendo ser surpreendida com nova alteração do precedente.

Em razão disso, a superação prospectiva vincula apenas as decisões futuras, preservando a conduta adotada em razão do reconhecimento de validade em posicionamento jurisprudencial anterior.

3.4.8 Superação de súmulas vinculantes

No Brasil, as súmulas vinculantes, editadas pelo STF, fazem com que toda decisão judicial deva seguir os fundamentos lançados nos referidos enunciados, como sugere o próprio termo analisado.

As súmulas vinculantes decorrem de decisões reiteradas dos tribunais superiores num determinado sentido, e decorre de amplos debates realizados pelos ministros componentes do STF para apuração do melhor proceder sobre a temática estudada.

De igual forma, a revogação ou alteração de uma súmula vinculante necessita de grande discussão, análise cuidadosa do tema, dada a importância dos textos editados e de sua vinculação a todos os processos em trâmite no Poder Judiciário nacional.

Para superação de súmula vinculante, necessária a observação do rito descrito no Regimento Interno do STF, que é semelhante ao de aprovação de um enunciado de súmula, sendo tal requerimento deliberado pelo Tribunal Pleno (BRASIL, 2017, p. 150).

3.5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES

A modulação dos efeitos de um precedente judicial, assemelha-se à superação prospectiva deste quanto à finalidade, que é garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados. No entanto, a modulação dos efeitos se dá apenas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que a superação prospectiva é aplicada quando da superação de um precedente judicial.

A técnica de modulação dos efeitos dos precedentes judiciais encontra-se positivada no artigo 927, § 3º do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), que prevê a possibilidade de modulação dos efeitos nos casos de alteração da jurisprudência dominante no STF e nos tribunais superiores ou do entendimento derivado de julgamento de casos repetitivos:

Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

O termo “modulação dos efeitos” da mudança do entendimento jurisprudencial, encampado no novo CPC, significa que os efeitos da alteração do precedente podem ter o tempo para início de sua vinculação adiado (LIMA, 2013, p. 219), ou seja, uma decisão proferida na data de hoje pode produzir efeito vinculativo apenas daqui a dois anos, dada a particularidade do caso concreto.

Tal medida é essencial para garantir as relações jurídicas formadas na vigência do entendimento anterior a criação do precedente judicial que alterou o posicionamento dos tribunais sobre o tema.

Caso assim não fosse permitido, eventual mudança repentina de um certo entendimento causaria grande transtorno social, exigindo que todos, independentemente de sua condição, se adaptassem à nova norma derivada do precedente judicial, sob pena de sanções pelo descumprimento.

Por óbvio, a modulação deve ser feita com bom-senso por parte do órgão competente para proferir a decisão, conferindo prazo razoável para a adaptação da sociedade quanto ao novo proceder, devendo ser analisado, caso a caso, o tempo necessário para tanto, não podendo excessivamente longo ou curto, sob pena de cair em descrédito a decisão por parte da sociedade, deixando de cumprir o pronunciamento e provocando a ineficácia da decisão modulativa.

Assim, as decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, que são as ações diretas de inconstitucionalidade e as declaratórias de constitucionalidade, classicamente com efeito retroativo imediato, com a possibilidade de modulação dos efeitos trazida com o novo CPC, os efeitos podem ser adiados para momento futuro, se assim mostrar-se necessário para garantir a segurança jurídica e a adaptação social à mudança realizada.

4 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CPC E A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DO SISTEMA *COMMON LAW* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Com a edição do novo CPC, que entrou em vigor em março de 2016, discute-se sobre a legalidade e benefícios da aproximação do sistema *Civil Law*, reconhecido como base jurídica nacional na Constituição Federal de 1988, com o sistema *Common Law*, dando primazia aos precedentes judiciais vinculantes, tornando a legislação fonte subsidiária no direito brasileiro.

Para que se chegue a uma conclusão sobre o problema, será analisada a força conferida aos precedentes judiciais no novo CPC, e se tal proceder acarreta na obrigatoriedade de observação dos precedentes vinculantes quando da decisão final do órgão julgador.

4.1 A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS *CIVIL* E *COMMON LAW*

Os sistemas jurídicos conhecidos como *Civil* e *Common Law*, possuem origens históricas que remontam à antiguidade, desde a época do Império Romano, sendo, a princípio totalmente divergentes, dadas as suas particularidades de fontes do direito e valorização destas.

No entanto, a sociedade sofreu diversas mudanças em seu posicionamento e costumes, assim como vem sofrendo a cada dia, motivo pelo qual os valores sociais também se alteram, levando a uma maior procura do Poder Judiciário, que cada vez mais recebe demandas novas e ainda mais complexas, sendo necessária a atenção dos juízes para análise justa dos casos concretos que chegam para julgamento (WAMBIER, 2010, p. 34).

Em razão do aumento das demandas de alta complexidade e cada vez mais inovadores, os países adotantes do sistema *Civil Law* passaram a valorizar e conferir maior importância a jurisprudência e as decisões judiciais, dando ênfase à função criadora dos magistrados (PORTO, 2006, p. 763).

Cappelletti (1993, p. 123) aduz que, assim como no *Civil Law* vem sendo dada ênfase à função criadora dos magistrados e valorização dos precedentes judiciais, nos países que adotam o *Common Law* como sistema jurídico, são cada vez mais comuns a edição de normas positivadas, gerando, como define o autor, uma “convergência evolutiva”, sendo aproveitadas as qualidades de cada sistema de maneira otimizada em favor dos

jurisdicionados e do Poder Judiciário, bem como se atenuam os defeitos de cada sistema, aperfeiçoando a aplicação jurídica.

Vê-se, portanto, cada vez mais o fenômeno da “globalização judicial”, que se refere aos reflexos que a aproximação dos sistemas gera em cada ordenamento jurídico dos estados organizados.

4.2 A FORÇA VINCULANTE CONFERIDA AOS PRECEDENTES NO NOVO CPC

Os artigos 926 e 927 do CPC em vigência trazem positivados diversos regramentos de observação dos precedentes, bem como instruções para estabilização, integridade e coerência dos precedentes emanados pelos tribunais (BRASIL, 2015), todos com base ideológica no sistema *Common Law*, aproveitando e adaptando as bases de tal sistema jurídico.

Zaneti Júnior e Pereira (2016) descrevem que o debate sobre o poder vinculante dos precedentes judiciais vem sendo travado no Brasil desde a tramitação do projeto do novo Código de Processo Civil no Congresso Nacional. Parte da doutrina, segundo os autores, vê na sistemática de precedentes uma tentativa exagerada de absorver outra cultura, alheia a brasileira, que poderá causar uma ruptura muito danosa ao país com os princípios da separação de poderes e da legalidade, o que leva a inconstitucionalidade dos artigos trazidos com o CPC em vigor sobre a temática.

Como parte dos críticos dessa força vinculante dos precedentes, que conferem liberdade interpretativa aos magistrados, Nery Júnior recentemente se manifestou sobre o tema (NERY JÚNIOR, *in* RODAS, 2015):

[*De acordo com o novo CPC*] a jurisprudência vincula, mas a Constituição e a lei, não. Colocaram no novo código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional. As medidas do novo CPC tendentes a dar poderes legislativos aos tribunais são inconstitucionais. Mas nenhum tribunal vai dizer que são. Vendo uma barbaridade dessas, um passa-moleque desses na sociedade brasileira, eu, como jurista, não posso deixar de falar eu isso é inconstitucional.

Streck e Abboud (2013, p. 85-87) sustentam que, no Brasil, inviável é a adoção da teoria de criou-se uma sistemática de precedentes, já que, ao contrário dos países adotantes do sistema *Common Law*, a vinculação de uma decisão judicial não decorre de uma consolidação histórica, mas sim de uma imposição legal, de modo que em nada semelhantes os sistemas brasileiro e dos países que adotam o sistema anglo-saxão.

Noutro lado, a outra parcela da doutrina defende que os precedentes vinculantes representam uma mudança que decorre da teoria da interpretação, e não uma simples importação do *Common Law* ao sistema brasileiro, sendo o poder vinculante dos precedentes uma medida que garante a coerência, segurança jurídica, igualdade e racionalidade, conferindo caráter constitucional ao texto legal contido no CPC em vigência (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

De fato, o modelo de precedentes positivado no CPC atual apresenta uma nova visão de direito, da cultura jurídica brasileira, mudando drasticamente pensamentos arraigados no pensamento jurídico pátrio, provocando, naturalmente, estranheza em todos os operadores do direito do Brasil, onde sempre foi disseminado que o sistema jurídico do país é, unicamente, o *Civil Law*, sendo a lei positivada a única fonte primordial do direito, e que, em contrapartida, existem as nações onde vigora o *Common Law*, pautado nos precedentes judiciais, unicamente (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

A aplicação do sistema de precedentes, com influência do sistema *Common Law*, segundo Mancuso (1999, p.176), não deve ser vista, tampouco aplicada, como uma mera cópia do sistema anglo-saxão, totalmente estranho ao em vigência no país, o que deve ocorrer é a extração das bases de aplicação de tal sistema, nunca perdendo de vista a cultura brasileira, utilizando as influências externas para a entrega de um Poder Judiciário justo, ágil, e de qualidade.

Sobre a necessidade de superação do dogma da vinculação exclusiva das normas positivadas, Panutto (2016) defende que o sistema de precedentes judiciais constante no novo CPC exigirá que todos os operadores do direito, magistrados, advogados, servidores, professores, acadêmicos, façam uma “reciclagem profissional”, adaptando-se a nova realidade que cada vez mais será vigente no país.

Extraí-se das lições de Panutto (2016), os operadores do direito, adaptados à nova realidade, serão vistos como vanguardistas no meio jurídico em razão do uso consciente dos precedentes judiciais, já que, segundo o novo CPC, a mera citação de uma jurisprudência, sem demonstrar a relação da *ratio decidendi* com o caso analisado, não confere força vinculante tampouco obrigatoriedade de observação pelo magistrado que recebe para análise os autor, motivo pelo qual se faz necessária a atualização de pensamento de todos os profissionais do mundo jurídico.

Ainda dos ensinamentos de Panutto (2016), nota-se que, além da mudança de pensamento dos operadores do direito, os Cursos de Direito precisarão passar por uma atualização do método de ensino, sempre pautada na aplicação fria da lei, utilizando o estudo

de um caso específico como laboratório de aplicação do dispositivo legal, deixando em segundo plano a análise dos fatos geradores do conflito jurídico. Assim, necessário o ensino crítico dos alunos para a compreensão dos precedentes judiciais, bem como suas formas de invocação, criação e interpretação.

Segundo Zaneti Júnior e Pereira (2016), e como dito anteriormente no presente trabalho, a observação irrestrita da legislação positivada é cultura remanescente da Revolução Francesa, onde a lei escrita serviu para preservar a liberdade dos cidadãos, servindo a separação de poderes como forma de harmonização das funções estatais, até então desreguladas, permitindo diversos abusos contra a sociedade por parte de quem se encontrava em posição social superior.

Em harmonia ao pensamento da época, o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) trazia, em seu artigo 126 que o juiz, ao julgar a causa, deveria observar, irrestritamente, a legislação escrita e, apenas caso omissa a lei no ponto em análise, deveria recorrer à analogia, aos costumes, e aos princípios jurídicos:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Conforme lecionam Zaneti Júnior e Pereira (2016), citado dispositivo legal conferia a jurisprudência mero caráter persuasivo, possuindo os precedentes judiciais força vinculante fraca, vigorando o pensamento de que o magistrado precisava, em todo pronunciamento judicial, recorrer à vontade do direito ou da lei, afastando qualquer possibilidade de interpretação da legislação por parte dos julgadores.

Ou seja, apesar de garantir a certeza de observação irrestrita da lei, dando aos jurisdicionados uma certeza jurídica e estabilidade das decisões judiciais, a observação isolada da lei não anda em compasso com a evolução social. Como exemplo, até pouco tempo atrás, existiam dispositivos legais que tratavam as mulheres como propriedade, podendo, em alguns casos, serem rejeitadas após o casamento. Em razão do avanço dos pensamentos sociais e da superação de certos dogmas, referido dispositivo, apesar de vigente na época, acabou tendo a sua aplicação afastada, dada a mudança de visão da sociedade.

Assim, o tolhimento da capacidade interpretativa dos magistrados engessa o pensamento jurídico e a análise de novas teses lançadas pelos advogados, efetivos criadores de novas análises e interpretações da legislação, fazendo com que se retarde a evolução jurídica do país.

Nesse sentido, a função de julgar se mostra inseparável da função interpretativa, sendo a norma (*mens legis*) resultado da interpretação do texto positivado, este último apenas o ponto de partida da análise jurídica do direito social (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

Ainda nos ensinamentos de Zaneti Júnior e Pereira (2016), a mudança decorrente da evolução dos conceitos interpretativos é fundamental para a aplicação do melhor direito, já que, não raro, magistrados e advogados terão que analisar legislações ambíguas, obscuras, necessitando análise interpretativa do texto legal. Com a mudança social a cada dia e com a imutabilidade do texto legal, a redação vai se tornando obsoleta, outra razão pela qual se faz necessária a quebra do dogma da legislação escrita como fonte única do direito brasileiro, como dispunha a legislação revogada.

Segundo ensinamentos de Ferrajoli, (1966, p. 290-304, *apud* ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016], quando existe dúvida sobre o significado do texto legislativo e o julgador exerce sobre a norma a sua interpretação, ocorrer a *interpretação operativa*, que representa a reconstrução do regramento, sendo devolvido pelo julgador ao ordenamento jurídico um dispositivo legal reformado, com a interpretação devida ao caso concreto analisado.

Sempre que ocorre a interpretação operativa, nos termos lecionados por Ferrajoli, estará aberta a possibilidade de formação de um precedente judicial, caso em harmonia com o artigo 927 do CPC em vigência. Ou seja, a mera aplicação do dispositivo legal, sem necessidade de sua interpretação operativa, não abre um precedente, apenas aplica-se a lei atinente ao caso, nos moldes puros do sistema *Civil Law* (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

De igual modo, ainda segundo Zaneti Júnior e Pereira (2016), uma decisão que se baseia em um precedente não gera novo precedente, apenas é uma decisão, podendo ser usada em outro processo judicial apenas como um instrumento persuasivo, mas não como uma fonte vinculativa de direito. Para tanto, como força de precedente vinculativo, necessária a citação do *leading case*, que goza da efetiva vinculação forte.

Zaneti Júnior e Pereira (2016) citam um caso ilustrativo de interpretação operativa, com base no novo CPC, facilitando a compreensão do tema:

Para melhor ilustração, exemplificaremos um caso de interpretação operativa [6]. O artigo 700 do CPC/2015 prescreve que a ação monitória será ajuizada com base em “prova escrita”, um termo vago que impõe ao juiz proferir uma decisão diante desta dúvida interpretativa. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu por meio de precedentes que o contrato de abertura de conta corrente acompanhado de extrato bancário e o cheque prescrito constituem exemplos de prova escrita, inclusive, sumulando o entendimento (súmulas 247 e 299). É exatamente nesses casos em que serão consolidados precedentes visando estabelecer o que é e o que não é uma prova escrita.

Dessa forma, segundo os autores, mostra-se que a compreensão dos magistrados, obtida com a interpretação operativa da norma, contribuem para o sistema jurídico como um todo, não sendo, em hipótese alguma, um caso de atribuição de poderes legislativos ao Judiciário. Mesmo porque, os magistrados apenas usarão de sua função privativa, analisando as normas editadas pelo Poder Legislativo à luz da Constituição Federal e de outras leis infraconstitucionais, reconstruindo seu significado para melhor aplicação da lei ao caso prático em análise.

Além disso, segundo defende Zaneti Júnior, não existe qualquer violação do princípio da legalidade com a interpretação operativa da lei por parte do magistrado. Isso porque, o próprio CPC de 2015 prevê no artigo 140 que “*o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico*” (BRASIL, 2015), de modo que a atividade judicial terá como ponto de partida a lei e demais normas para a formação de um precedente, sendo o texto escrito o primeiro instrumento de limitação do ativismo judicial, mesmo no sistema de precedentes vinculantes (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 272).

Dessa forma, parte da doutrina que defende a inconstitucionalidade do sistema de precedentes judiciais, fica engessada em tal dogma, deixando de levar em conta a modernização do direito processual e a influência recíproca dos dois sistemas, que visa a otimização e melhor aplicação do direito.

Mitidiero (2012, p. 61-78, *apud* ZANETI JÚNIOR, PEREIRA, 2016), sustenta que o Código de Processo Civil de 2015 é um diploma legal correspondente com o Estado Democrático Constitucional, conforme artigo 1º do caderno processual, cuja missão é a prestação da tutela jurisdicional tempestivamente, de forma adequada e efetiva (artigo 4º, CPC/15). Além disso, é uma legislação que preza pela preservação da coerência e integridade do sistema jurídico, nos moldes do artigo 926, sendo o sistema de precedentes uma forma de garantia de unidade do Direito e efetivação da segurança jurídica.

No entanto, para efetiva aplicação da intenção legal, necessária a harmonia entre os poderes estatais, sempre visando o melhor para a tutela dos direitos, com a edição e observação consciente das leis, mantida como fonte primária do direito brasileiro, interpretando-a de acordo com os interesses sociais, de forma íntegra e estável.

Nesse contexto, extrai-se do texto legal que a força conferida aos precedentes no Código de Processo Civil em vigor se coaduna com o regramento romano-germânico, como visto anteriormente no presente trabalho, ou seja, a lei é a base jurídica do Estado brasileiro, sendo todo precedente destinado à interpretação da legislação escrita e garantindo sua melhor aplicação conforme os anseios sociais.

Assim, ante todo o raciocínio doutrinário e jurídico exposto, conclui-se que a força vinculante dos precedentes judiciais, conferidas pelo CPC de 2015, contribui para a garantia de tutela dos direitos de forma mais eficaz e segura, estabilizando os entendimentos dos tribunais, bem como a evolução dos pensamentos jurídicos e da interpretação das normas positivadas em compasso com as mudanças sociais, ocorrem a cada dia.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou verificar a força dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro após a edição do novo diploma processual civil, em 2015, e a consequente aplicação do sistema *Common Law*.

Para realização do trabalho, abordaram-se, principalmente, as definições de precedentes judiciais e sua vinculação, em seus mais variados níveis e forças, de modo a permitir concluir sobre o processo civil brasileiro.

Quanto ao tema propriamente dito, apesar de serem semelhantes em se posicionar sobre a não aplicação do sistema *Common Law* pura no Brasil, alguns autores, sendo a minoria, defendem que a aplicação da sistemática de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro irá trazer prejuízos à prática jurídica, ferindo a divisão de poderes, ante a suposta capacidade legislativa dos magistrados após a edição do novo CPC.

Porém, a maioria dos doutrinadores, ao comentar sobre o tema da incidência da sistemática dos precedentes com o novo CPC, defende que, desde que aplicada de forma consciente e dentro dos limites impostos na legislação referida, o sistema jurídico brasileiro terá várias evoluções, mormente no sentido da garantia jurídica, certeza das decisões judiciais e celeridade o julgamento dos processos.

Como visto na fundamentação do trabalho em análise, Mitidiero (2012, p. 61-78, *apud* ZANETI JÚNIOR, PEREIRA, 2016), sustenta que o Código de Processo Civil de 2015 é um diploma legal correspondente com o Estado Democrático Constitucional, conforme artigo 1º do caderno processual, cuja missão é a prestação da tutela jurisdicional tempestivamente, de forma adequada e efetiva (artigo 4º, CPC/15). Além disso, é uma legislação que preza pela preservação da coerência e integridade do sistema jurídico, nos moldes do artigo 926, sendo o sistema de precedentes uma forma de garantia de unidade do Direito e efetivação da segurança jurídica.

Portanto, além de trazer inovações tendentes a otimização do funcionamento do processo judicial, o novo CPC traz consigo influências do *Common Law*, sem, no entanto, ferir a Constituição Federal de 1988 no tocante ao respeito do sistema jurídico brasileiro, qual seja o *Civil Law*, permanecendo a lei positivada como fonte primária do direito e ponto de partida para qualquer criação de um precedente judicial dotado de eficácia vinculante.

Ante o raciocínio exposto, conclui-se que o novo CPC conferiu grande valor aos precedentes de eficácia vinculante, mas, apesar de entendimento diversos, não desrespeita a vigência do *Civil Law* como sistema jurídico vigente no país, apenas trouxe influências

adaptadas a realidade processual brasileira, otimizando o funcionamento do Processo Judicial no Brasil.

No entanto, mostra-se necessária a atualização dos profissionais e acadêmicos da área jurídica, dada a recente entrada em vigor do CPC de 2015, sendo a valoração dos precedentes, tal como editado na referida legislação, uma novidade para todos os integrantes do meio jurídico, portanto, essencial o estudo sobre o tema para sua correta aplicação.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 5.869/73**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 16/06/2017.

_____. **Código de Processo Civil. Lei 13.105/15**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15/06/2017.

_____. **Constituição Federal / 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 Maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Lei das XII Tábuas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabuas>>. Acesso em 17/11/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1. Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 301-334.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. Vol. 02 – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014. p. 288.

LEONEL, V.; MOTTA, A. D. M. **Ciência e pesquisa**: livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 269-401, nov. 2014.

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

MARINONI (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos 413 cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Juspodium, 2010.

_____, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

_____, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. Ver. Atual. E ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Luiz Guilherme; et. al.. **Novo código de processo civil comentado**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier; TALAMINI, Eduardo. *et al.* **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. 3 ed. v. 12. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução**. 1 edição. Juspodium, 2015

PANUTTO, Peter. Aspectos de *Common Law* estabelecidos no novo CPC exigem preparação dos profissionais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-17/peter-panutto-aspectos-common-law-cpc-exigem-preparacao>>. Acesso em 02/11/2017.

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

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

RODAS, Sérgio. **Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acesso em 18/11/2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.85-87.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 2. 16 edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . **Precedentes e evolução do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.

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

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftn7>. Acesso em: 01/01/2017.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.