

---

# A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NA TEORIA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*THE INFLUENCE OF COMMON LAW IN THE THEORY OF BINDING  
PRECEDENT IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

---

*Tarsila Ribeiro Marques Fernandes  
Procuradora Federal. Especialista em Direito Público  
Mestranda em Direito Tributário*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Surgimento da *common law*; 3 Surgimento da civil law ou sistema romano-germânico; 4 Características da *common law* em comparação com a *civil law*; 5 Força vinculante dos precedentes judiciais; 5.1 A doutrina do *stare decisis*; 5.2 A norma jurídica geral e a individualizada construídas pelo Judiciário; 5.3 A eficácia do precedente judicial; 5.4 Da possibilidade de não aplicação e de revisão do precedente judicial: do “*distinguishing*” e do “*overruling*”; 6 Conclusão; 7 Referências.

**RESUMO:** O ordenamento jurídico brasileiro é filiado à família jurídica romano-germânica ou da *civil law*, que historicamente considera a lei como fonte principal do direito, ao mesmo tempo em que confere liberdade aos magistrados para julgar de acordo com o seu livre convencimento. Por outro lado, é da essência dos países da *common law* considerar o direito principalmente como jurisprudencial, visto que se atribui aos precedentes judiciais a função de dizer o direito com força vinculante. Apesar das diferenças estruturais entre as duas famílias jurídicas, o presente artigo buscará demonstrar a influência recíproca que elas sofrem nos dias atuais, com ênfase na importância da doutrina do *stare decisis* para o ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Common Law. Civil Law. Teoria dos Precedentes. Força Vinculante. Decisão Judicial.

**ABSTRACT:** The Brazilian legal system is affiliated with the Roman-Germanic legal family or Civil Law, which historically considers the statutory law as the primary source of law, although it also gives the judges some freedom to decide by his own convictions. On the other hand, the essence of the Common Law system is to use jurisprudence as its primary source of law, with binding or persuasive force of precedents. Despite the structural differences between Common Law and Civil Law, this article demonstrates the reciprocal influence that each legal system presents in the other, emphasizing the importance of the doctrine of *stare decisis* for the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Common Law. Civil Law. Theory of Precedents. Binding Precedent. Court Decision.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notória e crescente a força que as decisões judiciais dos tribunais superiores vêm adquirindo perante a sociedade brasileira, culminando com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que prevê a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, além da inclusão do artigo 543-C do Código de Processo Civil, que tratou do recurso especial repetitivo.

Essa tendência de conferir efeitos vinculantes aos precedentes judiciais pode ser creditada à maior aproximação do ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à *civil law*, à família jurídica da *common law*, que considera a jurisprudência como base do direito.

Nesse sentido, para uma melhor compreensão a respeito do tema, mostra-se oportuno uma digressão a respeito das duas principais famílias jurídicas, no intuito de identificar a influência do direito comparado no sistema brasileiro, em especial de institutos historicamente consagrados pela *common law*, tal como a doutrina do *stare decisis*.

## 2 SURGIMENTO DA COMMON LAW

Com o objetivo de entender a teoria dos precedentes judiciais, faz-se necessário estudar o surgimento e desenvolvimento da *common law*, que historicamente atribui força vinculante a determinadas decisões judiciais. Nesse sentido, o presente estudo passará a, em breves linhas, analisar as origens históricas e o processo de formação daquela família jurídica.

A *common law* possui as suas raízes no direito inglês, cuja principal característica é o seu caráter histórico e tradicional, ou seja, o direito se desenvolve como produto de uma longa evolução, que, de regra, não é interrompida por revoluções. Entretanto, apesar dessa característica, pode-se identificar quatro períodos históricos na formação da *common law* inglesa<sup>1</sup>: a) anglo-saxônico; b) formação da *common law*; c) rivalidade com a *equity*; e d) moderno.

O período anglo-saxônico se refere à época anterior a 1066, ano no qual a Inglaterra foi conquistada pelos normandos. Nessa ocasião, o direito era pouco conhecido e de abrangência apenas local, não existindo direito comum para todo o território. É justamente a partir da conquista normanda que a Inglaterra passa a ter um poder centralizado e forte, o que propicia a formação de um direito comum a todo país, cabendo aos Tribunais Reais de Justiça essa tarefa centralizadora. Esses tribunais, contudo, atuavam apenas em determinadas matérias, quais sejam,

1 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355-356.

finanças reais, propriedade imobiliária e graves questões criminais que se relacionassem com a paz no reino. Ademais, o acesso a esses tribunais era tido como um privilégio, e não um direito dos particulares<sup>2</sup>.

Com o passar do tempo, contudo, a população pressiona para o alargamento das competências dos Tribunais Reais, o que passa a paulatinamente acontecer. Foram esses tribunais os responsáveis por elaborar o novo direito, a *common law* ou *comune ley*, que retira seus elementos de diversos costumes locais da Inglaterra. Durante esse período, a preocupação inicial dos juristas era com o processo, o que marca o direito inglês como formalista e voltado essencialmente para a prática<sup>3</sup>.

O terceiro período histórico da *common law* abrange os anos de 1485 a 1832 e é caracterizado pelo surgimento de um sistema rival, a *equity*. Por conta de seu excesso de formalismo, a *common law*, passou por um período de crise, não conseguindo satisfazer às necessidades da população. Esse contexto propiciou o surgimento de um sistema baseado na equidade, em que o julgamento era realizado pelo Chanceler. Após a ocorrência de conflitos entre os dois sistemas, em que a *common law* chegou a ficar ameaçada de cair em desuso, estabeleceu-se uma estrutura dualista, existente até os dias atuais, em que soluções de equidade complementam e aperfeiçoam as regras da *common law*<sup>4</sup>.

Por fim, o período moderno é marcado por uma maior ênfase ao direito substantivo, com um agrupamento das soluções da *common law*. Em termos de organização judiciária, há a supressão da distinção formal dos tribunais da *common law* e do Tribunal da *equity* da Chancelaria, o que atribui competência para que todas as jurisdições inglesas apliquem da mesma forma tanto o direito da *common law* quanto a *equity*. Merece registro ainda o movimento da aproximação entre o direito inglês e o do continente europeu, sobretudo em razão das novas demandas entre a Administração e os cidadãos, geradas pelo Estado de bem-estar social<sup>5</sup>.

Já com relação aos Estados Unidos, cujas treze colônias pertenciam à Inglaterra, a regra era a de que, a princípio, a *common law* inglesa deveria ser aplicável, pois os súditos ingleses deveriam levar a *common law* com eles, quando fossem se estabelecer em localidades não civilizadas. Contudo, eram admitidas algumas nuances a fim de que fosse possível adaptar o sistema às condições de vida dos colonos. Durante o século XVII, entretanto, o direito inglês era inapropriado para a realidade dos colonos. Assim, na prática,

2 DAVID, op. cit., p. 356-361.

3 Ibid., p. 361-370.

4 Ibid., p. 370-377.

5 Ibid., p. 377-379

aplicava-se um direito bastante primitivo, em algumas localidades baseado na Bíblia, no intuito de diminuir o poder arbitrário dos magistrados. E foi justamente com esse objetivo que se buscou a codificação de certos regramentos, o que já indicou – desde a origem – uma divergência de princípios entre o direito norte-americano e o inglês<sup>6</sup>.

O maior desenvolvimento das colônias durante o século XVIII criou um movimento de aproximação do sistema norte-americano com a *common law*. Entretanto, com a independência americana e a consequente formação dos Estados Unidos da América, surge um sentimento de autonomia do direito americano, ao mesmo tempo em se difundia a ideia da codificação, com vários Estados prevendo, em suas Constituições, a posterior edição de um código. Essa disputa entre a filiação norte-americana à família jurídica da *common law* ou à romano-germânica iria perdurar até meados do século XIX, quando se pode falar no triunfo, com peculiaridades, da *common law*, exceto no território de New Orleans, atualmente Estado da Louisiana<sup>7</sup>.

Esclareça-se que apesar de ter sua origem na *common law* inglesa, a adoção por parte dos Estados Unidos do direito inglês só foi admitida até a independência norte-americana. Assim, a partir de 1776, a *common law* inglesa e a norte-americana se desenvolveram de forma independente, apesar de continuarem a se influenciar reciprocamente<sup>8</sup>.

Nesse sentido, apesar de possuírem características comuns e se filiarem a mesma família jurídica, “o direito dos Estados Unidos não pode ser o direito inglês; está dele separado por toda a distância que separa a vida e a civilização americanas da vida e da civilização inglesas.”<sup>9</sup>.

### 3 SURGIMENTO DA CIVIL LAW OU SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

No intuito de melhor compreender as diferenças estruturais das duas principais famílias jurídicas, quais sejam, a *common law* e a *civil law*, faz-se interessante analisar, nesse momento, o surgimento e a consolidação da família romano-germânica.

Inicialmente, cabe registrar que até o século XII, o direito europeu se apresentava como consuetudinário. É certo que o Império Romano desenvolveu um sistema jurídico sem precedentes, mas com a

6 DAVID, op. cit., p. 449-451.

7 Ibid., p. 451.454.

8 Ibid., p. 456.

9 Ibid., p. 455.

derrocada do referido império no século V, o direito por ele construído seguiu a mesma sorte. A partir de então, pode-se identificar algumas leis tribais, mas tais normas não eram sistematizadas e regulavam apenas setores restritos da sociedade. Apenas nos séculos XII e XIII que se pode falar na criação da família de direito romano-germânica, momento no qual a Europa ocidental passa a enxergar a autonomia do direito. Este, teria uma função própria, qual seja, propiciar a ordem e o progresso da sociedade civil, sendo cognoscível por meio da razão, ao mesmo tempo em que sobrevém o repúdio do apelo ao sobrenatural<sup>10</sup>.

De início, pois, já se percebe uma distinção fundamental entre o direito romano-germânico com o direito da *common law*, pois enquanto este se desenvolveu em razão do progresso do poder real, fortemente centralizado, aquele surgiu independentemente de objetivos políticos, fundando-se sobre uma comunidade cultural.

Nesse sentido, o direito romano-germânico se difundiu sobretudo por meio das universidades. Saliente-se que o direito ensinado nas universidades é aquele ligado à moral, tendo como função indicar como se deve estabelecer de acordo com os ideais de justiça. Trata-se, assim, de um direito dirigido ao que se deve fazer e não ao que acontece na prática. Não se cuidava, portanto, de ensinar o direito local, pois este não representava a justiça para as universidades. Admirava-se, contudo, o direito romano, de mais fácil conhecimento por conta das compilações de Justiniano e da difusão do latim, em razão da Igreja. Assim, durante muito tempo a base do ensino nas universidades foi o direito romano, sem ignorar o direito canônico. Apenas no século XX, com a difusão das codificações nacionais, as universidades voltaram à atenção para o ensino do direito nacional<sup>11</sup>.

Nesse ponto, cabe esclarecer que o estudo do ordenamento jurídico romano teve um papel essencial para aceitação do direito como instrumento que visa assegurar a ordem e o progresso da sociedade, ao mesmo tempo em que fez com que ressurgisse a concepção do direito como fundamento da ordem civil. Ademais, como consequência do referido estudo, passou-se a utilizar as classificações, institutos e conceitos do ordenamento jurídico romano, podendo citar como exemplos a divisão do direito em público e privado e a classificação dos direitos entre reais e pessoais<sup>12</sup>.

---

10 DAVID, op. cit., p. 37-41.

11 Ibid., p. 41-44.

12 Ibid., p. 52-53.

Durante esse período, as ordenanças tiveram papel importante, sobretudo no âmbito do direito público, para organizar e facilitar a administração da justiça. Cabe esclarecer, contudo, que nesse momento a legislação possuía uma função mais administrativa e menos jurídica, uma vez que se considerava que o direito existia independentemente dos comandos da autoridade<sup>13</sup>.

A esse respeito, deve-se atribuir à escola do direito natural a vantagem da codificação. Esta, teria a função de transformar em direito positivo aquilo que era ensinado pelas universidades, completado e adaptado pelo direito natural. Destarte, passa-se a aceitar que o soberano possui competência para dizer o direito e reformá-lo. A codificação, portanto, teria a função de demonstrar de uma forma sistematizada o direito que condiz com a realidade social e, portanto, que deve ser aplicado pelos tribunais<sup>14</sup>.

A codificação e o posterior movimento legislativo revelaram um aspecto negativo desse processo: um movimento de positivismo e nacionalismo jurídicos, em que os países se voltaram para construção do direito internamente, ignorando o fato de que pertenciam a mesma família jurídica romano-germânica. Essa atitude, contudo, veio a se modificar com o advento do século XX e o conseqüente envelhecimento das codificações, oportunidade na qual se passou a aceitar a interferência da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução do direito, ao mesmo tempo em que se mostrou imprescindível para compreensão do direito o estudo de outros sistemas jurídicos e a harmonização entre eles<sup>15</sup>.

Por fim, cabe esclarecer que o estabelecimento do direito em códigos facilitou a expansão da família romano-germânica quando da colonização da Europa nos diversos países, que, de um modo geral, aceitaram e adaptaram o referido sistema à realidade local<sup>16</sup>.

#### 4 CARACTERÍSTICAS DA COMMON LAW EM COMPARAÇÃO COM A CIVIL LAW

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro se espelhou no sistema romano-germânico ou *civil law*. Esse modelo, pelas razões históricas anteriormente expostas, confere grande importância aos

13 DAVID, op. cit., p. 62-63.

14 Ibid., p. 65-66.

15 Ibid., p. 68-70.

16 Ibid., p. 77.

atos normativos editados pelo Poder Legislativo, razão pela qual o magistrado, ao analisar o caso concreto, baseia primordialmente a sua decisão no direito escrito, codificado, levando em consideração os precedentes judiciais apenas de forma supletiva. Por seu turno, é da tradição da *common law* conferir grande importância às decisões judiciais, sendo a fonte primária do ordenamento jurídico o direito consuetudinário criado pelos tribunais.

Como se percebe, a distinção usual a ser feita entre os dois sistemas é a de que o julgamento na *common law* tende a ser centrado no caso e, portanto, cabe ao magistrado examinar minuciosamente os julgamentos prévios para deles extrair os princípios gerais a serem aplicados ao caso concreto submetido à análise. Por outro lado, o sistema da *civil law* tende a seguir um corpo codificado de princípios gerais abstratos.

Isso não quer dizer, contudo, que os juízes da *civil law* simplesmente ignoram os julgamentos realizados anteriormente pelas Cortes superiores, mas apenas que a principal fonte de aplicação dos magistrados é o direito codificado. Assim, ao decidir, o julgador busca a solução primeiro no ordenamento jurídico posto, para só então analisar se existem decisões judiciais sobre o tema.

No caso brasileiro, é certo que o sistema jurídico, apesar de historicamente se fundar na *civil law*, sempre conferiu certa importância aos precedentes judiciais. Nesse sentido, pode-se afirmar que, desde a inauguração da República, o ordenamento jurídico brasileiro aceitou institutos típicos da *common law*, tais quais o controle judicial difuso da constitucionalidade, o *judicial review*, e o controle dos atos da administração pelo Poder Judiciário, o *judicial control*<sup>17</sup>.

Entretanto, essa tendência de aproximação entre os dois sistemas se mostrou mais acentuada nos dias atuais, podendo-se creditar esse fenômeno tanto à globalização quanto à necessidade de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos atos jurisdicionais.

Cumprido, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações – observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*” no

---

17 DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudências, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 76.

comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “*commonlawlização*” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz<sup>18</sup>.

Atualmente, portanto, pode-se afirmar que, apesar de subsistirem diferenças marcantes entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, ambos sofrem influências recíprocas. Basta citar como exemplo, de um lado, o fato de a Inglaterra ter adotado um Código de Processo Civil, o *Rules of Civil Procedure* e, de outro, a súmula vinculante adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## 5 FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

### 5.1 A DOCTRINA DO STARE DECISIS

O sistema jurídico da *common law* adota a doutrina do *stare decisis*, forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa “ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso”. De acordo com esse entendimento, a decisão judicial assume grande importância, pois caberá a ela estabelecer um precedente com força vinculante. Essa teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*<sup>19</sup>.

Assim, no sistema da *common law*, a decisão judicial tem a função não apenas de resolver a questão passada, que se encontra posta em juízo, mas sobretudo de se tornar um precedente, que terá efeitos vinculantes no futuro. Destarte, a doutrina do *stare decisis* está ligada à idéia de que os casos futuros devem ser decididos da mesma forma que os casos passados<sup>20</sup>.

18 PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre A Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

19 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 2, p. 348.

20 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, MN: Thomson West, 2006. p.39.

A respeito do assunto, é interessante transcrever a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Nos EUA é inadmissível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito (*the law of the land*). Como recentemente afirmou o Justice Kennedy ao decidir o caso *Lawrence v. Texas*, “a doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito para com os julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577, 2003 - “*The doctrine of stare decisis is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law*”).

Ressalte-se que o chamado efeito vinculante (*binding effect*), que subordina os demais órgãos do Judiciário e da Administração às decisões da Suprema Corte, não têm fundamento no direito positivo. Trata-se de concretização do princípio do Estado de Direito (*rule of law*), fundamental para a estabilidade do direito<sup>21</sup>.

Com efeito, esse precedente judicial terá como objetivo garantir que, no futuro, um caso semelhante venha a ser decidido da mesma maneira. Merece registro o fato de que esse precedente adquire força vinculante não apenas na própria Corte, isto é, o *stare decisis* horizontal, mas sobretudo nos demais juízos que lhe são hierarquicamente inferiores, ou seja, o *stare decisis* vertical.

Esclareça-se que a doutrina do *stare decisis* foi criada para conferir segurança jurídica aos ordenamentos que seguem a *common law*. Afinal, como nesses países o direito tende a ser bastante fluido, já que não se encontra rigidamente codificado, foram criados mecanismos para, de um lado, avaliar a coerência do sistema e, de outro, garantir estabilidade e isonomia de tratamento entre os cidadãos.

Sobre o assunto, são esclarecedoras as palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

O efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença

---

21 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido<sup>22</sup>.

Diante da força vinculante conferida ao precedente judicial por meio da doutrina do *stare decisis*, cabe indagar qual parte da decisão judicial é que vinculará os outros julgadores. Ademais, cabe perquirir ainda de que maneira pode ser revisto o referido precedente judicial, a fim de se evitar o engessamento do sistema jurídico.

## 5.2 A NORMA JURÍDICA GERAL E A INDIVIDUALIZADA CONSTRUÍDAS PELO JUDICIÁRIO

Sabe-se que toda decisão judicial possui sempre duas partes, quais sejam, a fundamentação e o dispositivo. Apesar do Código de Processo Civil, em seu art. 458, prescrever três requisitos essenciais para a sentença: o relatório, os fundamentos e o dispositivo, leis esparsas dispensam o relatório em alguns tipos de procedimento, tal como

---

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1008

a sentença proferida nos Juizados Especiais Cíveis (art. 38 da Lei nº. 9.099/1995). Dessa maneira, os elementos que nunca são dispensados de qualquer decisão judicial são a fundamentação e o dispositivo.

Na fundamentação, o magistrado vai decidir as questões incidentes, isto é, aquelas que, apesar de não corresponderem ao objeto central da demanda, precisam ser resolvidas para que a pleito principal seja solucionado com coerência. Assim, serão analisadas na fundamentação as questões de fato e de direito postas sob o crivo do Poder Judiciário. Por sua vez, é no dispositivo que o magistrado resolverá efetivamente a questão principal a ele submetida, isto é, o próprio pedido. Pode-se assim dizer que na fundamentação o magistrado decide “*incidenter tantum*”, enquanto que no dispositivo o julgador resolve “*principaliter tantum*”.

Destarte, o magistrado vai determinar a norma jurídica individualizada do caso concreto no dispositivo. Estabelece-se, então, a norma individualizada, aquela que vai regular uma situação específica. É justamente essa norma individualizada, contida no dispositivo da decisão, que formará a coisa julgada formal e material, tornando imutável e indiscutível a decisão judicial tanto dentro do mesmo processo, quanto de qualquer outra ação, desde que entre as mesmas partes.

De seu turno, o magistrado irá estabelecer qual é a norma jurídica geral do caso concreto na fundamentação. Para tanto, ele terá que interpretar o direito positivo e retirar do ordenamento jurídico a norma jurídica geral aplicável àquela demanda posta para sua análise. Tal norma geral encontra-se, portanto, na legislação em vigor e, como tal, pode ser utilizada em outros casos. Essa norma jurídica geral do caso concreto recebe o nome de “*ratio decidendi*”, ou seja, é a razão da decisão, que corresponde a interpretação do direito feita pelo magistrado, ao analisar uma demanda. O precedente judicial, assim, nada mais é do que a própria “*ratio decidendi*” da decisão<sup>23</sup>.

Destarte, o precedente representa uma compreensão pretérita do direito feita pelo Judiciário. É, portanto, uma norma que pode ser aplicada a outros casos, não se confundindo com o dispositivo da decisão judicial. Sobre o assunto, transcrevemos as didáticas lições de Fredie Didier Júnior:

Ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de

---

23 PORTO, op. cit.

constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade). Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma Constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, [...] Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações<sup>24</sup>.

Observe-se, contudo, que na fundamentação da decisão é comum existirem comentários que o magistrado elabora, mas que não se tratam da “*ratio decidendi*”, porquanto não se está a decidir o caso concreto. Esse comentário realizado pelo julgador recebe a denominação de “*obiter dictum*”, ou seja, aquilo que foi dito de passagem, lateralmente, sem enfrentar a questão diretamente<sup>25</sup>.

Apesar de não ser “*ratio decidendi*”, a “*obiter dictum*” é importante para uma melhor compreensão do julgamento, além de sinalizar uma orientação do magistrado para julgar casos futuros. É o que se chama de “*signaling*”.

É a partir dessa norma geral que o julgador extrai a norma específica, a qual, como visto, está sujeita à coisa julgada. Essa norma geral, contudo, não faz coisa julgada, conforme expressa disposição contida no inciso I do art. 469 do Código de Processo Civil. Por esse dispositivo, não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

---

24 DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 269.

25 Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem: “*Judges are expected to give reasons for their decisions. In the process of doing so, they are conscious of the fact that they are not only deciding a case; they are also making law. As a result, they will often seek to elucidate the impact of their decision for future cases.. However, not all statement of legal principles by judges deciding a case are part of the holding. Statements that were not necessary to the decision of that case can have no binding authority in a later case, and should be ignored in stating the holding of the case. A statement that is not necessary for decision of the case is called “dictum” or “obiter dictum”.* BURNHAM, op. cit., p.67.

A partir dessas considerações, cabe então explicar como se forma a jurisprudência.

Pode-se afirmar que a jurisprudência é uma determinada norma geral do caso concreto, que passa a ser reproduzida e, dessa maneira, vários casos semelhantes começam a adotar essa norma geral. A jurisprudência, portanto, nada mais é do que a reiteração de uma norma geral construída pelo judiciário.

É justamente a “*ratio decidendi*” reiterada em diversas decisões que gera a jurisprudência. Ocorrendo esse fenômeno, a “*ratio decidendi*” pode igualmente se transformar em enunciado de súmula.

A súmula, portanto, é elaborada a partir do precedente judicial, isto é, da “*ratio decidendi*”, ou ainda da norma jurídica geral do caso concreto, mas nunca da norma jurídica individualizada. Afinal, esta é bastante específica, e possui a função de decidir aquele caso concreto entre litigantes determinados.

Dessa forma, precedente não se confunde com jurisprudência; aquele é uma decisão, esta é a aplicação reiterada de um precedente. Por sua vez, a súmula é o texto de um precedente reiteradamente aplicado.

### 5.3 A EFICÁCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Enquanto a norma jurídica individualizada é protegida sob o manto da coisa julgada, o que impede a sua rediscussão, após o término no processo, desde que entre as partes litigantes, pode-se afirmar que a “*ratio decidendi*” possui um efeito ainda maior, qual seja, o efeito do precedente judicial, o qual pode ser utilizado indistintamente por qualquer pessoa. O precedente, portanto, possui eficácia *erga omnes*, tendo em vista que se trata de uma norma geral.

É possível identificar no precedente judicial três eficácias: a) a persuasiva; b) a bloqueadora ou impeditiva, e; c) a vinculante. A eficácia persuasiva é a forma tradicionalmente utilizada do precedente, ou seja, o emprego do precedente judicial como método de persuasão do magistrado. Por sua vez, o efeito bloqueador ou impeditivo ocorre nas hipóteses em que os precedentes impedem recursos contra as decisões que nele se fundamentem. Por fim, conforme sugere o nome, o efeito vinculante do precedente ocorre nas hipóteses em que ele deve ser obrigatoriamente seguido. Difere do efeito bloqueador porque neste o magistrado pode julgar de acordo com o seu livre convencimento, mas, uma vez decidindo de acordo com o precedente, o recurso contra essa decisão não será recebido.

No ordenamento jurídico brasileiro há pelo menos três exemplos de precedente vinculante: a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, com previsão no art. 103-A da Constituição Federal, a súmula dos tribunais, a qual vincula os julgadores dos próprios tribunais e o Recurso Especial Repetitivo, regulado pelo 543-C do Código de Processo Civil.

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento<sup>26</sup>.

Atualmente ainda se discute a respeito do precedente com eficácia vinculante oriundo do pleno do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, o que vincularia seria o próprio precedente da composição plenária daquele tribunal, mesmo que não sumulado. Trata-se da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões do STF, pela qual os precedentes judiciais, isto é, as normas gerais extraídas do caso concreto, desde que advindos do pleno da Corte Suprema, possuiriam eficácia vinculante.

Nesse ponto, cabe enfatizar que o próprio Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes nos autos da Reclamação 1.987/DF, quando restou reconhecida a aplicação da referida teoria, conforme se observa da emenda do julgado:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

26 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237.

1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. *A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.*

5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (Min. Maurício Correia. DJ 21/05/2004) (realce atual)

Na citada decisão, restou asseverado que o alcance do efeito vinculante das decisões proferidas pela Corte Maior não ficaria restrita a sua parte dispositiva, abrangendo também os fundamentos relevantes do julgado. Argumentou-se, nesse sentido, que a limitação

do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão acabaria por tornar desnecessário esse instituto, tendo em vista que em nada acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei ou eficácia *erga omnes*.

#### 5.4 DA POSSIBILIDADE DE NÃO APLICAÇÃO E DE REVISÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Após compreender o sentido e o alcance do precedente vinculante, cabe rechaçar a crítica comumente aceita no sentido da possível perda de liberdade do magistrado, o qual supostamente estaria restrito à aplicação, de forma mecânica, de julgados anteriores.

De início, esclareça-se que, como o precedente advém de um caso concreto, não há como entender o seu real sentido sem conhecer o caso original, de modo que ele só poderá ser aplicado em caso semelhante. Assim, apenas se o magistrado considerar que o caso dos autos se subsume à hipótese de incidência prevista no precedente vinculante, terá que aplicar o referido precedente.

Sempre é cabível, portanto, ao magistrado demonstrar que o caso a ele submetido destoa do caso do precedente e, portanto, afastar a sua incidência. Com base nesse mesmo argumento, o julgador igualmente pode afastar a incidência da súmula vinculante, desde que explique de forma motivada que os elementos fáticos da demanda que ele está a analisar é diferente daquela que fora decidida pelo Supremo Tribunal Federal quando da elaboração do enunciado.

Nessa hipótese, quando o juiz realiza a interpretação do precedente para verificar se ele se aplica ao caso, a isso se denomina “*distinguishing*”<sup>27</sup>, isto é, a distinção entre o caso e o precedente. Portanto, os precedentes devem ser interpretados por um método de comparação entre caso concreto e o que gerou o precedente, o “*distinguishing*”, a fim de verificar se há semelhanças que viabilizam a sua aplicação. De acordo com Fredie Didier “pode-se utilizar o termo ‘*distinguishing*’ tanto para utilizar o método de comparação entre o caso concreto e o precedente, como para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença”<sup>28</sup>.

De seu turno, para que não ocorresse um engessamento do sistema jurídico, fez-se necessário a criação de mecanismos que permitissem uma eventual rediscussão do precedente. Trata-se do “*overruling*”, que

27 BURNHAM, op. cit., p. 69.

28 DIDIER, op. cit., p. 353.

significa a superação do precedente<sup>29</sup>. Dessa forma, percebe-se que os precedentes não são eternos e podem ser revistos, o que permite uma oxigenação no sistema jurídico.

É certo, contudo, que não se deve permitir que o precedente seja revisto a todo momento, caso contrário se inverte a ordem do sistema, fazendo com que perca força a doutrina do *stare decisis*. É necessário, portanto, uma forte carga argumentativa por parte daquele que pretende ver o precedente superado.

Nesse contexto, enquanto a coisa julgada pode ser revista por intermédio da ação rescisória, o precedente pode vir a ser superado pela técnica de “*overruling*”. Este, por sua vez, pode ocorrer de duas maneiras, a depender da situação do precedente, se estiver estabilizado ou não.

Na hipótese de o precedente já se encontrar estabilizado, a sua eventual superação só pode trazer conseqüências para o futuro. Nesse sentido, o tribunal que ultrapassar o seu precedente só poderá fazê-lo dali para frente, isto é, com efeitos *ex nunc*, tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Trata-se do “*prospective overruling*”.

Entretanto, há a excepcional possibilidade de superação do precedente com a revisão do que já foi feito. Vale dizer, de forma extraordinária, é possível a revisão do precedente com efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, mas tal hipótese só se justifica se o precedente tiver vida curta. É o caso do “*overruling*” retrospectivo.

O precedente pode ser superado ainda de forma expressa, na hipótese em que o tribunal resolve adotar expressamente nova interpretação, é o caso do *express overruling*. Nessa linha, o art. 103-A da Constituição Federal prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, em decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos seus membros, rever enunciado de súmula vinculante na forma estabelecida em lei. Em casos raros, pode ainda ocorrer o *implied overruling*, situação em que a Corte adota posição diversa, substituindo suas posições anteriores, sem mencionar claramente a superação<sup>30</sup>.

Por fim, pode ocorrer a hipótese de o magistrado concluir que a situação submetida a seu julgamento não possui qualquer precedente a respeito, devendo ser enfrentada pela primeira vez. Quando isso ocorre, afirma-se que o julgador está diante de um *hard case*. Por sua vez, o primeiro precedente gerado receberá o nome de *leading case*.

29 PORTO, op. cit.

30 DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 354.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme se observou no presente estudo, as famílias jurídicas da *common law* e da *civil law* historicamente se desenvolveram de maneiras absolutamente distantes e fundadas em premissas diferentes. Vale dizer, enquanto o direito consagrado pela *common law* possui caráter histórico e tradicional, tendo servido, em suas origens, como instrumento de manutenção do poder real, a *civil law* se desenvolveu independentemente de objetivos políticos, tendo encontrado campo fértil sobretudo no âmbito das universidades europeias.

Destarte, partindo de estruturas distintas, as famílias jurídicas ora estudadas chegaram à princípios e fundamentos opostos. Assim, enquanto a *common law* se alicerça no respeito à força persuasiva dos precedentes judiciais, a *civil law* toma por base a segurança e previsibilidade do direito codificado.

Entretanto, apesar das diferenças estruturais, restou-se evidenciada a influência recíproca que as duas famílias jurídicas sofrem nos dias atuais. Ademais, enfatizou-se a crescente preocupação da *civil law* em conferir eficácia vinculante às decisões judiciais, citando-se como exemplo a edição de súmula vinculante editada por parte do Supremo Tribunal Federal, a súmula dos tribunais e o procedimento de recurso especial repetitivo.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro segue a tendência de tentar conferir maior objetividade e previsibilidade às decisões judiciais, no intuito de alcançar um duplo objeto, qual seja, o de garantir a celeridade processual e a segurança jurídica.

Buscou-se ainda demonstrar que, diante dos institutos do *distinguishing* e do *overruling*, não é possível que se aceite como verdadeiras afirmações no sentido de que se está a suprimir a independência ou o livre convencimento do magistrado, ou ainda de que vai ocorrer o engessamento do direito. Afinal, o magistrado continua a possuir plena liberdade para decidir se aqueles fatos narrados pelos litigantes se encaixam no precedente vinculante, além de ser permitida a superação do referido precedente.

## 7 REFERÊNCIAS

- BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, MN: Thomson West, 2006.
- DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudências, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012.