
MAY IT PLEASE THE COURT¹: O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO AMERICANO - NOTAS COMPARATIVAS COM O ATUAL PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MAY IT PLEASE THE COURT: THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN AMERICAN LAW - COMMENTS ON ITS COMPARISON WITH THE CURRENT BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Viviane Neves Caetano

Procuradora do Banco Central do Brasil.

Assessora Jurídica da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes – COJUD, no Banco Central do Brasil. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/RJ e em Direito Público pela Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução: O crescente interesse pela teoria dos precedentes; 1 Precedente e *stare decisis*: Conceitos Relevantes; 1.1 *ratio decidendi* e *obiter dictum*; 1.2 efeito vertical e horizontal dos precedentes: precedentes obrigatórios e persuasivos; 1.3: *Overruling* e *Distinguish*; 2 Precedente e coisa julgada; 3 Precedente e Jurisprudência; 4 Notas comparativas: precedente e processo civil brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

1 Trata-se de uma frase introdutória, comumente utilizada por advogados quando adentram a Corte de Apelação, no momento de apresentar sustentação oral. (*Black's Law Dictionary*, 9 ed. 2009), acessado em 10.4.2012, via <<http://lawschool.westlaw.com/>>. Também é o título de um livro que traz os principais argumentos orais perante a Suprema Corte americana desde 1955, acompanhado de gravações dos discursos: *"May It Please the Court: Transcripts of 23 Live Recordings of Landmark Cases As Argued Before The Supreme Court"*. Editado por Peter H. Irons e Stephanie Guitton. 1933.

RESUMO: Expõe as linhas gerais do sistema de precedentes norte americano, fundado na *common law*, explicando os conceitos de precedente, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*, entre outros. Analisa a eficácia vertical e horizontal dos precedentes. Demonstra as diferenças entre precedente, jurisprudência e coisa julgada. Demonstra o interesse crescente pelo estudo da teoria dos precedentes também no Brasil, em razão da busca pela celeridade dos processos, segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade. O objetivo do presente artigo é fazer uma análise comparativa do sistema de precedentes norte-americano com o atual processo civil brasileiro, investigando dispositivos legais vigentes, bem como os do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. *Stare Decisis*. Precedentes Obrigatórios. Jurisprudência. Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT: The Article aims to present a general outline of the North American system of precedents, based on *common law*, explaining, among others, the concepts of precedents, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, and *overruling*. It analyzes the effectiveness of precedents (vertical and horizontal), while attempting to demonstrate the differences between precedents, jurisprudence and *res judicata*. It investigates the growing interest on the study of the theory of precedents in Brazil, due to the interest in the celerity of proceedings, legal certainty, predictability and stability. The aim of this paper is a comparative analysis of the system of precedents in the United States and the current Brazilian civil procedure, investigating existing legal provisions as well as those in the bill currently in Congress about a New Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Precedent. *Stare Decisis*. Binding Precedents. Jurisprudence. Brazilian Civil Procedure.

INTRODUÇÃO: O CRESCENTE INTERESSE PELA TEORIA DOS PRECEDENTES

O interesse pela experiência e pelos ensinamentos da *common law* e pela teoria do *stare decisis* recrudescem a cada nova reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Comparações entre o sistema legal americano² - fundado em precedentes judiciais - e o sistema brasileiro - atrelado à interpretação da lei - decorrem da busca por um processo civil objetivo, célere e efetivo, de maneira que os ensinamentos do direito americano são bem-vindos, nesse momento de repensar a atividade judicial e o sistema processual.

Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios”³, enumera diversos motivos para a adoção da teoria dos precedentes pelo direito brasileiro. Cita o renomado jurista as vantagens para a segurança jurídica, uma vez que os precedentes contam com previsibilidade e estabilidade. Sustenta que a incidência dos precedentes promove a igualdade perante a lei e perante a interpretação judicial da lei. Lembra, ainda, que a criação de precedentes obrigatórios permite a coerência da ordem jurídica, o respeito à hierarquia, a consistência na afirmação da ordem normativa, além do controle do poder do juiz, a garantia da imparcialidade, a possibilidade de orientação jurídica, a definição das expectativas dos litigantes, o desestímulo às aventuras judiciais, o favorecimento de acordos, a despersonalização das demandas, a racionalização do duplo grau de jurisdição, a contribuição à duração razoável do processo, economia de despesas, bem como maior eficiência do Judiciário.

O mencionado jurista não deixa, porém, de citar os argumentos contrários à adoção do sistema de precedentes, tais como o óbice à realização da isonomia substancial, a violação do princípio da separação dos poderes, prejuízo à independência dos juízes, violação ao juiz natural, redução da garantia de acesso à justiça.

As vantagens e desvantagens enumeradas por Marinoni demonstram a riqueza dos debates e induzem à inegável conclusão de que os conceitos que envolvem a teoria dos precedentes merecem estudo e conhecimento aprofundado. Em primeiro lugar, não se pode olvidar a enorme diferença existente entre as famílias jurídicas – *civil* e *common law* –, esquecendo os respectivos fundamentos históricos. Em segundo

2 Para fins didáticos e tendo em vista diferenças pontuais entre os sistemas legais dos países que adotam a *common law*, optou-se, neste trabalho, pela abordagem do sistema de precedentes vigente nos Estados Unidos da América.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.120.

lugar, as aparentes diferenças não são suficientes para desconhecermos as vantagens do sistema de precedentes, sendo clara a utilidade de tomarmos de empréstimo alguns de seus ensinamentos, ainda que não adotemos completamente todos seus preceitos, mas ao menos neles nos inspiremos.

1 PRECEDENTE E STARE DECISIS: CONCEITOS RELEVANTES

Uma breve leitura do verbete no dicionário nos dá notícia de que ‘precedente’ significa *a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues*⁴, o que, em uma tradução livre, quer dizer que precedente é um caso decidido que fornece uma base para o julgamento de futuros litígios que envolvam problemas ou fatos semelhantes.

Para Gustavo Santana Nogueira⁵, a doutrina do *stare decisis et non quieta movere*, por sua vez, significa “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto” e estabelece que os “precedentes, decisões reiteradas ou não, de Tribunais vinculam julgamentos futuros que tratem da mesma matéria”.

Os conceitos descritos nos parágrafos acima são, porém, simplistas. O funcionamento do sistema de precedentes nos Estados Unidos é tema intrigante e exige estudo apurado, principalmente para os juristas adeptos da *civil law* que, fundados no direito codificado, costumam resistir à criação do direito com base em uma única decisão proferida em caso concreto semelhante, tal como ocorre na *common law*.

O *stare decisis* não se confunde com a *common law*, ao contrário, é um elemento moderno desse ramo jurídico⁶. Também não se pode afirmar que o precedente tem a mesma força de lei, pelo simples fato de que é comum dizer que o juiz da *common law* “cria direito”. Nota-se, portanto, que o tema é palpitante e sujeito a generalizações, o que o torna ainda mais interessante, conforme revelarão os parágrafos seguintes.

4 *Black's Law Dictionary* (9 ed. 2008). Disponível em: <<http://lawschool.westlaw.com/>>. Acesso em: 4.4.2012.

5 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere – A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

6 Confira-se MARINONI, op. cit., p. 33: “Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem com o sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.”

1.1 RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM

A formação do precedente exige o conhecimento dos conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que torna o precedente vinculante e, para fins didáticos, podemos compará-la com as razões de decidir. A força vinculante de um precedente está, basicamente, em sua fundamentação, não bastando, para a vinculação dos casos futuros, a investigação do que foi o que foi estipulado na parte dispositiva. Trata-se de analisar qual foi a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada no *decisum*. Releva perceber qual foi a tese adotada, ainda que na fundamentação várias tenham sido aventadas. Como vinculam os juízes, os efeitos da *ratio decidendi* afetam outros jurisdicionados, influenciando a segurança jurídica de muitos casos, não somente das partes envolvidas no *leading case*.

Obiter dictum, ou simplesmente, *dicta*, por sua vez, é tudo aquilo na decisão que foi “dito para morrer”⁷, é tudo aquilo que não está contido na *ratio decidendi*, que não é fundamental para a decisão e constituição do precedente. Insere-se no conceito de *obiter dictum* o suporte argumentativo não fundamental para o deslinde da controvérsia.

A grande dificuldade para a identificação de um precedente e sua regra aplicável é justamente a separação entre o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi*, exigindo uma detida análise de todas as teses enfrentadas na decisão, de forma que se possa aferir a força do precedente e sua vinculação ao caso concreto.

É evidente que o julgador, ao analisar o precedente, necessita investigar o que, exatamente, é a lei do caso concreto: O que foi decidido e merece ser aplicado em casos análogos? O que é *obiter dictum* e não vinculante?

1.2 EFEITO VERTICAL E HORIZONTAL DOS PRECEDENTES: PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E PERSUASIVOS

A força dos precedentes também exige uma análise vertical ou horizontal. Por análise vertical, entende-se: a decisão de uma Corte é de observância obrigatória para os julgadores e Cortes de hierarquia inferior dentro do mesmo sistema jurisdicional⁸.

7 NOGUEIRA, op. cit., p. 170.

8 Aqui entendido o sistema jurisdicional como Corte federal ou Corte estadual.

São obrigatórios, destarte, os precedentes que tratem da mesma *ratio decidendi* dentro da mesma jurisdição e que tenham sido proferidos por corte superior.

Em homenagem à segurança jurídica e em razão da hierarquia existente dentro dos sistemas judiciais, portanto, casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma.

É evidente e intuitivo, também, que cada corte respeite as decisões dela emanadas em casos pretéritos⁹.

Decisões de diferentes sistemas ou de cortes paralelas dentro do mesmo sistema constituem precedentes apenas persuasivos (efeito horizontal). Nesse caso, o juiz não está obrigado a repetir decisão proferida em caso semelhante, mas os argumentos podem e devem ser utilizados pelos advogados a título de argumentação, ficando o Juiz livre para a criação do direito, na hipótese de inexistência de outro precedente obrigatório relacionado à matéria.

1.3 OVERRULING E DISTINGUISH

A obrigatoriedade ou o simples caráter persuasivo do precedente no direito americano estão intimamente ligados com a possibilidade ou impossibilidade de sua revogação ou desconsideração. Diante de um precedente obrigatório, o juiz está impedido de revogar ou deixar de aplicar a decisão anterior, salvo raras exceções.

É evidente que ao juiz cabe verificar a exata compatibilidade da *ratio decidendi* do precedente com o caso sob exame. Caso perceba que os fatos ou a questão jurídica não são semelhantes, a ponto de não ser aplicável a mesma *ratio decidendi*, cabe ao magistrado esclarecer que o precedente não é aplicável, providência conhecida como *distinguish*¹⁰. Nesse caso, autorizam os preceitos da *common law*, que a regra seja afastada, em razão de peculiaridades que tornam o caso distinto.

Em um sistema no qual a vinculação do Juízo a determinados precedentes é obrigatória, a técnica do *distinguish* pode ser a única saída para a solução de um caso concreto. Não obstante, é evidente que o precedente somente não será aplicável se a diferença for tal que provoque

9 Taruffo denomina esse caso de autoprecedente. “uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei”. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

10 Confira-se NOGUEIRA, op. cit. p. 200: “Quanto um Tribunal reconhece a existência do precedente, mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo, explícita ou implicitamente, que, se não fossem essas diferenças, a solução do caso atual seria a mesma do precedente, posto que é reconhecido algum valor a esse precedente.”

uma conclusão jurídica diversa daquela proferida anteriormente. Mais uma vez, aqui o *dicta (obiter dictum)* não será relevante, devendo a parte procurar a diferença nos temas que compõem a *ratio decidendi*.

Cruz e Tucci¹¹ lembra da possibilidade do *ampliative distinguishing* e do *restrictive distinguishing*:

Em primeiro lugar, o juiz da *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode este ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).

Isso significa que não se exige submissão “cega” a anteriores decisões. Permite-se à “corte estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal estreitará ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso”. [...] ¹²

Por obrigatoriedade do precedente não se deve entender sua aplicabilidade eterna. O Tribunal pode superar o precedente, por meio da técnica do *overruling*, explicitando que o direito anterior não mais será aplicado, sendo substituído por regra diversa.

Note-se que a *common law* sempre primou pelo respeito às decisões do próprio Tribunal, mas a Suprema Corte americana sempre teve o poder de rever seus precedentes, desde que existam razões que o justifiquem. Diversa foi a situação da House of Lords, que até 1966 estava submetida a um sistema de total vinculação aos julgados obrigatórios, somente adquirindo o poder de *overruling* naquele ano¹³.

Em razão do princípio da obrigatoriedade dos precedentes, é óbvio que o *overruling* deve atender a regras rígidas.

Em primeiro lugar, cabe o *overruling* quando o texto legal é alterado e a regra jurídica criada pelo precedente não mais tem aplicabilidade. Ao contrário do que se costuma afirmar, o sistema jurídico americano não despreza a lei em favor do precedente judicial. Ao contrário, havendo legislação sobre o caso, esta deve ser levada em consideração, ainda que

11 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171.

12 O autor cita, em nota de rodapé: Edward D. Re, *Stare Decisis*, Revista Jurídica, tr. port. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 198 (1994):30.

13 Confira-se NOGUEIRA, op. cit. p. 117.

não se admita extrema flexibilidade ou interpretações extensivas. De qualquer forma, todo o sistema jurídico está submetido aos ditames da Constituição americana, não podendo as decisões desconsiderarem seus preceitos. Assim, na inexistência de estatuto específico, o julgador deverá buscar na Constituição o fundamento de suas decisões. Alterada a Constituição, alterado deverá ser o precedente.

Evidentemente, a alteração na Constituição não precisa ser formal. Caso a interpretação do texto constitucional não mais seja condizente com o precedente em vigor, há a necessidade de revogação.

Exemplo clássico de *overruling* por mudança de interpretação foi o julgamento do caso *Brown x Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte americana, com base no mesmo texto constitucional, revogou precedentes anteriores que interpretaram a 14ª emenda¹⁴, no que se refere à separação de alunos negros e brancos nas escolas.

Nesse caso emblemático, a Suprema Corte concluiu não ser admissível a existência de escolas apenas para negros ou brancos, ainda que com as mesmas facilidades e provendo idênticas oportunidades educacionais. Entendeu a corte que a teoria do *separate but equall* não é aplicável à educação pública, porque a mera separação das instalações educacionais já denotaria intrínseca desigualdade.

O caso *Brown* analisou o mesmo texto do 14º *Amendment*, que antes havia sido apreciado em casos com temática semelhante, como o *Plessy x Fergusson*¹⁵, no qual a teoria do *separate but equall* não foi considerada afronta ao texto constitucional.

O *leading case Brown x Board of Education of Topeka* demonstra, ainda, que é possível que um precedente seja superado pelo Tribunal que o criou em razão de mudanças na sociedade e seus valores. Raciocínio

14 Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. [...]

Em tradução livre:

Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Os Estados não devem fazer ou impor qualquer direito que deva encurtar os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deve qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis. [...]

15 Em 1890, a legislação da Louisiana permitia a separação de negros e brancos em vagões de trem. *Plessy*, negro, entrou em um vagão para brancos e foi convidado a se retirar. A Suprema Corte não reconheceu qualquer violação à 14ª Emenda, não verificando uma diferença qualitativa entre os vagões para brancos e os de negros.

diverso levaria ao completo desajuste das decisões judiciais com a realidade, o que não se pode admitir, uma vez que o direito é um produto da sociedade.

Evidentemente, em um sistema jurídico que preza pela segurança jurídica, uniformidade, definição de expectativas e estabilidade, o *overruling* costuma levar em consideração as consequências da decisão anterior, avaliando-se a utilidade/necessidade de superação do direito criado anteriormente.

Sabe-se que nos dias atuais a escolha do precedente adequado conta com sistemas de informática modernos que facilitam, e muito, a vida do advogado militante americano e trazem certa segurança na indicação do precedente exato para a maioria dos casos concretos. Ocorre, porém, que tanto a individualização da *ratio decidendi*, como as técnicas de *distinguishing* e *overruling* contam com uma grande dose de interpretação, o que, obviamente, pode gerar equívocos, tanto na subsunção do caso ao precedente quanto na hipótese de sua exclusão.

Por essa e outras razões, é que se admite a ocorrência de *overruling* implícito, quando um precedente anterior não se sustenta diante da existência de um posterior, que trate do mesmo caso.

Também é admitido o *overruling* quando reconhecido erro da decisão anterior. Aqui, obviamente, exige-se uma grande carga argumentativa, tanto dos advogados quanto do julgador, que devem esclarecer os motivos que configuram o erro e pelos quais o precedente deve ser superado.

2 PRECEDENTE E COISA JULGADA

Percebe-se com facilidade que o precedente do sistema legal americano não se confunde com a coisa julgada vigente no direito brasileiro.

A coisa julgada, segundo o conceito de Fredie Didier¹⁶, é a “imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva da decisão judicial”. A imutabilidade da decisão diz respeito às partes e a elas protege, não sendo, em regra, possível discutir novamente a questão, no mesmo processo ou em outro qualquer.

Já o precedente, além de fixar a regra jurídica para as partes daquele caso concreto, poderá vincular o Juiz para casos futuros, decidindo casos relativos a outras partes que demandem o mesmo objeto

16 JR. DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Bahia: Podvm, 2007.

jurídico. Aqui percebemos a existência dos efeitos extra-partes, que favorecem a sociedade como um todo: coerência na afirmação da ordem normativa, controle do poder do juiz, imparcialidade, alinhamento das expectativas, o desestímulo às aventuras judiciais, o favorecimento de acordos, a despersonalização das demandas, a racionalização do duplo grau de jurisdição, a contribuição à duração razoável do processo e economia processual.

O precedente fixa, por consequência, uma regra que extrapola as partes envolvidas no caso concreto, pois afeta a comunidade como um todo, tendo em vista que o juiz passa a ter o dever de respeitar o precedente obrigatório, a menos que tenha motivos suficientes para superá-lo ou distingui-lo.

É importante salientar, ainda, que a coisa julgada, ao menos sob a ótica do direito processual civil brasileiro, está intimamente ligada ao dispositivo da decisão, o qual vincula as partes do processo. O precedente do sistema americano, por sua vez, é fundado na *ratio decidendi*, sendo o dispositivo irrelevante para a vinculação do judiciário aos casos futuros.

3 PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

Eslareço, inicialmente, que não tenho dúvidas em afirmar que o termo precedente tem significados diferentes nos sistemas *common law* e *civil law*. É inegável que os juristas da *civil law* tendem a identificar o precedente com a decisão judicial.

O presente trabalho, porém, trata do precedente do direito americano, e, nesse contexto, nem toda decisão judicial é um precedente. Todo precedente é uma decisão judicial, mas esta só será um precedente – repito, na concepção do direito americano – se tiver aptidão para fixar regra para casos futuros, criando um paradigma¹⁷.

Importante também para a caracterização do precedente é que, embora seu cotejo com o caso posterior costume se iniciar pela identidade dos fatos em discussão, a *ratio decidendi* sempre estará relacionada a uma matéria de direito (*point of law*). Decisões, por outro lado, podem tratar apenas de questão de fato.

Da mesma forma, uma decisão que interpreta a lei e simplesmente repete julgado que a consolidou, em verdade não será um precedente, segundo os fundamentos da *common law*.

17 Confira-se GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida, In: DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

A jurisprudência, por sua vez, costuma ser conceituada como um coletivo de decisões, relativa a vários e diversos casos concretos¹⁸, que demonstram a orientação de determinado tribunal em relação a certa matéria jurídica. O jurisprudência, ao reunir diversas opiniões convergentes, garante que vários juízes se debruçaram sobre a matéria e julgam de forma semelhante, mas não necessariamente terá sua observância obrigatória, ao menos nos países da *civil law*. O precedente – sob a ótica do direito americano – ao contrário, é um único julgado, cuja observância pode ser obrigatória ou meramente persuasiva. A propósito, afirma Cruz e Tucci¹⁹:

Já no tocante à dimensão estrutural, ou seja, ao conceito substancial de precedente, no âmbito da *common law*, como visto, uma única decisão pode perfeitamente produzir eficácia *binding precedent*. Na órbita do direito codificado exige-se, via de regra, um número considerável de decisões similares, para chegar-se à concepção de “jurisprudência consolidada” ou “unânime”.

Observa-se, portanto, que há grande diferença entre o conceito de precedente e o de jurisprudência, seja pela ótica quantitativa, seja pelos efeitos obrigatórios do primeiro ou persuasivos (em regra) da segunda.

4 NOTAS COMPARATIVAS: PRECEDENTE E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nos últimos anos, várias alterações no Código de Processo Civil Brasileiro demonstraram a preocupação do legislador com a otimização dos julgamentos, a abreviação dos conflitos, a coerência da ordem jurídica e normativa, além do controle do poder do juiz, a garantia da imparcialidade e a economia processual.

Nesse diapasão, a jurisprudência ganhou relevo, aliada à objetivação dos recursos e a criação de súmulas vinculantes.

Não há, porém, em nosso Código de Processo Civil, dispositivo que se assemelhe ao precedente da *common law*. O Código de Processo Civil brasileiro reconhece a importância das decisões pretéritas para o julgamento de casos futuros, mas trabalha no âmbito da jurisprudência, conforme poderemos facilmente observar pela simples leitura do nosso código e os exemplos pinçados nos parágrafos seguintes.

¹⁸ TARUFFO, op. cit.

¹⁹ op. cit., p. 306.

O art. 476²⁰, por exemplo, ao criar o procedimento da uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais, já demonstra a possibilidade de julgamentos divergentes dentro do mesmo tribunal, tanto que estabelece um procedimento para a uniformização de entendimentos.

O art. 475, exclui o duplo grau de jurisdição quando a “sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Os julgamentos dos recursos especial e extraordinário são exemplos clássicos de interesse pela uniformização dos julgados. O Superior Tribunal de Justiça tem como função a uniformização da interpretação da lei federal, ao passo que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, responsável pela unificação da interpretação de seus comandos. Uma vez que todo juiz deve respeito à lei e, em primeiro lugar, aos preceitos constitucionais, é intuitivo e evidente o interesse na uniformização de entendimentos. Mas é certo que, na atual legislação de regência, o foco ainda está na manutenção da orientação jurisprudencial e não de precedentes específicos ou proferidos em casos individuais.

Por exemplo, a lei estabelece a hipótese de recurso especial baseado em dissídio jurisprudencial e a repercussão geral para o recurso extraordinário (que sempre ocorrerá quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal)²¹. Ao

20 CAPÍTULO I

DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

21§ 3º do Art. 543-A do Código de Processo Civil.

Relator do agravo por inadmissão dos recursos especial e extraordinário é facultado negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com a súmula ou a jurisprudência do tribunal, podendo, ainda, dar provimento ao recurso, se o acórdão estiver em confronto com a súmula ou a jurisprudência²².

A ausência de um sistema de precedentes chega a ser criticada por alguns autores na seara do controle de constitucionalidade brasileiro.

Embora o sistema brasileiro seja originário da *civil law*, baseado na codificação, no qual o juiz se vê vinculado à legislação em vigor, é evidente que o controle abstrato da constitucionalidade permite ao magistrado um papel interpretativo destinado a adequar o caso concreto à Constituição, ainda que a lei disponha em sentido contrário. O poder criativo do juiz fica ainda mais claro na hipótese de ausência de legislação sobre o caso concreto.

Assim, ao menos no exercício do controle difuso, o juiz brasileiro tem a liberdade de construir a melhor exegese que se adeque à norma constitucional, exercendo uma função bastante semelhante ao juiz da *common law*. No entanto, a ausência de um sistema de precedentes favorece a pluralidade de decisões em diferentes sentidos. A propósito, Marinoni²³ defende:

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

As súmulas vinculantes, embora também tenham como escopo a uniformização dos julgados, estão longe de se parecerem com o sistema de precedentes norte-americano. Verifica-se, pela simples leitura do art.103-A da Constituição da República (Incluído pela

²² Semelhante prerrogativa é concedida ao Relator dos recursos ordinários, no art. 557, in verbis:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

[...]

²³ Op. cit. fl. 98.

Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)²⁴ o quão engessado é o sistema de criação dos referidos enunciados. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal somente poderá aprovar a súmula vinculante mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro procurou ampliar o impacto da jurisprudência dos julgamentos dos juízes e colegiados, estabelecendo, em seu art. 882, preceitos interessantes, a saber:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

24 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) (Vide Lei n.º 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

V – na hipótese de alteração da 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.

§ 1º a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Percebe-se, portanto, que a opção do legislador não foi a de criar um sistema de precedentes semelhante ao americano, mas tão somente o de reforçar o uso da jurisprudência. Nota-se, entretanto, que a redação da proposta legislativa utiliza termos vagos e conceitos indeterminados para a aplicação da jurisprudência (“em princípio”, “seguirão a orientação”, “deve orientar”, “deve nortear”, “entendimento sedimentado”), o que, certamente, irá acarretar diversas discussões jurídicas e debates acirrados nos tribunais.

A proposta de novo Código de Processo Civil²⁵ também traz o interessante e já muito criticado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, admissível sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica por existência de possíveis decisões conflitantes.

Conforme a atual redação do projeto de lei, após julgado o incidente, que pode ser requerido pelo Juiz, relator, partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Observa-se, portanto, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também é bem diferente do sistema de precedentes, objeto do presente trabalho. A regra jurídica não

25 Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, recebido na Câmara dos Deputados como PL 8046/2010, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 20.3.2012.

emana de um único caso concreto, mas sim de diversas demandas semelhantes, que são reunidas justamente para que o entendimento jurídico seja formado²⁶.

Ao atribuir poderes ao Relator, o novo Código de Processo Civil, pela atual redação do projeto de lei, permite que se dê negativa ao recurso que contrariar²⁷, por exemplo, “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça”, mas esclarece que tal faculdade ocorre apenas se o acórdão foi proferido em julgamento de casos repetitivos, deixando, mais uma vez, de conferir eficácia obrigatória absoluta aos demais precedentes individuais oriundos dos tribunais superiores.

Da mesma forma, a proposta legislativa exclui o duplo grau de jurisdição quando a sentença estiver fundada em: súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos, bem como entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Assim, percebe-se que o novo Código de Processo Civil, ao menos na forma da atual redação do Projeto de Lei, não chega a estabelecer um sistema de precedentes semelhante ao vigente nos países da *common law*. André Luis Bittar de Lima Garcia²⁸, por exemplo, explica:

No Brasil, a definição de uma metodologia, ainda que básica, para a compreensão das técnicas de confronto, interpretação, superação e aplicação do precedente constitui requisito indispensável para a construção de um sistema de precedentes obrigatórios. E isto não é possível perceber no NCPC, que prefere trabalhar no plano da jurisprudência.

26 “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer, como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto”. DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Anotações Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Previsto no Projeto do Novo CPC*. In *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: Ed. JusPodivm, 2011.

27 Ou dar provimento a recurso se a decisão recorrida contrariar decisões da espécie.

28 op.cit.

5 CONCLUSÃO

A tradição e os fundamentos históricos que geraram a criação das duas grandes famílias do direito – *common law* e *civil law* – demonstram as grandes diferenças sociais, jurídicas e políticas que os países adotantes de cada uma das teorias apresentam. De um lado, países que priorizam os precedentes, a lei oriunda dos casos já julgados, e de outro, países com um rígido sistema de separação de poderes, com apego à legalidade estrita e à codificação.

Os países componentes das diferentes famílias jurídicas perseguiram a segurança jurídica na codificação ou na doutrina dos precedentes e o direito, como produto da sociedade, é um reflexo do passado. Por esse motivo, é coerente que o processo civil brasileiro mantenha sua tradição, baseada na legislação e na repartição dos poderes, ainda por longos anos, assim como os países da *common law*, acostumados à realidade vigente, adaptados ao poder criativo dos juízes, assim permanecerão. No entanto, nos tempos modernos, de intensa globalização, percebe-se o interesse mútuo, o intercâmbio de informações, com uma maior atenção dos civilistas pelos precedentes e com o incremento da codificação nos países da *common law*.

Embora seja bastante difícil concluir pela total unificação dos sistemas e, tampouco, pela submissão do processo civil brasileiro à teoria do *stare decisis*, percebemos, na proposta do novo Código de Processo Civil, um interesse pela vinculação dos julgamentos anteriores aos casos concretos, ainda que tal vinculação se dê no plano da jurisprudência, não como precedente da *common law*.

Percebe-se, assim, uma grande mudança, que pode amenizar, imensamente, as mazelas já conhecidas do processo judicial – sobretudo a demora na solução dos litígios, o alto custo e o desrespeito às decisões dos tribunais superiores –, desde que utilizados de forma séria todos os mecanismos de súmula vinculante, admissão e inadmissão de recursos, julgamento de recursos repetitivos, dentre outros previstos em lei com o objetivo de prestigiar a jurisprudência consolidada de nossos tribunais.

REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere – A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JR.DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Bahia: Podvm, 2007.

May It Please the Court: Transcripts of 23 Live Recordings of Landmark Cases As Argued Before The Supreme Court. Editado por Peter H. Irons e Stephanie Guittton, 1993.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Anotações Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Previsto no Projeto do Novo CPC*. In *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A Ausência de um Sistema de Precedentes no NCPC: uma Oportunidade Perdida, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

Raatz, Igor. Considerações Históricas Sobre as Diferenças entre Common Law e Civil Law : Reflexões Iniciais Para o Debate Sobre a Adoção de Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 159-191, set. 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 4.4.2012.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares