



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O fortalecimento dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil

Maria Luiza Abreu de Barros Monteiro

Rio de Janeiro
2016

MARIA LUIZA ABREU DE BARROS MONTEIRO

O fortalecimento dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

O FORTALECIMENTO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Maria Luiza Abreu de Barros Monteiro

Graduada pelo Centro Universitário de Brasília. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente trabalho, realizado por meio de estudo bibliográfico, tem por objetivo analisar a teoria dos precedentes no sistema jurídico da *common law*, com o intuito de explorar a importação da supramencionada teoria para o sistema jurídico brasileiro, levando em consideração a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 –. Para tanto, explicita-se as razões pelas quais os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* são distintos entre si, bem como o motivo pelo qual se discute a necessidade de importação da teoria dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro. O Novo Código de Processo Civil traz de forma expressa a aplicação dos precedentes, deixando explícita a necessidade de fortalecimento da jurisprudência.

Palavras-chave: Precedente. Common Law. Civil Law. *Ratio Decidendi*. *Obter Dictum*. *Distinguishing*. *Overruling*. Novo Código de Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. Sistemas do Common Law e do Civil Law. 2. Teoria dos precedentes judiciais. 3. Os precedentes judiciais e o Novo Código de Processo Civil. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a publicação da Lei 13.105/2015, instituiu-se o Novo Código de Processo Civil, o qual entrará em vigor em março de 2016. Dentre as inovações trazidas pela nova codificação, uma delas é a regulação do sistema dos precedentes judiciais.

Com o intuito de dar ênfase aos precedentes, o referido código traz, dentro de um capítulo próprio, as regras para a adoção dos precedentes judiciais. Tendo em vista que a origem dos precedentes se deu nos países que adotam o sistema de *common law*,

faz-se necessário destacar alguns conceitos básicos para a melhor compreensão do instituto.

A relevância do presente trabalho se dá em virtude da necessidade de se valorizar a cultura dos precedentes judiciais. A teoria dos precedentes judiciais se baseia na fundamentação das decisões e, tendo em vista que tiveram origem em países com tradição *Common Law*, o Novo Código de Processo Civil trouxe a teoria para a realidade jurídica brasileira, que adota o sistema da *Civil Law*.

Assim, o primeiro capítulo desse trabalho apresentará a origem dos precedentes judiciais. Para tanto, serão abordadas as circunstâncias históricas as quais construíram a tradição de respeito às decisões judiciais.

Em seguida, no segundo capítulo, serão abordados os conceitos fundamentais para a compreensão do tema. Desse modo, serão trazidas as definições e limitações do que se compreende por *Ratio Decidendi*, *Obiter Dictum*, *Distinguishing* e *Overruling*.

Levando em consideração as acepções que serão tratadas no capítulo segundo, o terceiro capítulo enfatizará o propósito da teoria dos precedentes no Brasil, mais especificamente no Novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, a conclusão versará sobre a relevância da aplicação dos precedentes e quais as consequências e benefícios/malefícios trazidos pelo referido instituto. Dessa maneira, se fará necessária uma breve discussão sobre sua implicação da teoria dos precedentes judiciais no princípio da duração razoável do processo e o do livre convencimento motivado do magistrado. Por fim, se observará se o instituto será aplicado no Brasil com as mesmas características de como é aplicado nos países de tradição *Common Law*, ou se a aplicação se dará com adaptações.

A pesquisa que se pretende realizar utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1 – SISTEMA DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

Como é cediço, o direito tem como objetivo gerar estabilidade nas relações intersubjetivas e conferir ao cidadão previsibilidade das decisões¹.

A distinção entre o *common law* e o *civil law* é determinada por circunstâncias históricas bem delineadas. O momento mais significativo da história do direito inglês no que diz respeito ao nascimento do *common law* se deu com a “reorganização e a centralização da administração da justiça levada a efeito por Guilherme, o Conquistador”². Guilherme era Duque da Normandia e, em 1066, conquistou a Inglaterra. Lá se deparou com condados, ducados, senhorios feudais e vilas que detinham os seus próprios costumes, bem como suas cortes e seus tribunais, situação que não favoreceu ao novo rei. Assim, Guilherme iniciou a unificação dos costumes e se apropriou aos poucos da jurisdição, que antes estava nas mãos dos senhores feudais³. Destaca-se que Guilherme não foi considerado um soberano absoluto justamente por ter respeitado os costumes anglo-saxões. O referido rei promoveu a unificação do direito, o que veio a ser denominado de “direito comum”, o qual veio em substituição dos direitos individuais que ali vigoravam. Desse modo, a Corte de Guilherme I (*Curia regis*) tomou para si a centralização da vida administrativa e jurídica do reino. Juntamente com essa situação fática, surgiu a classe profissional forense, os quais eram os juizes, que, ao sentenciarem, criaram, de forma gradativa, o *common law*⁴.

¹ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Interpretação da lei de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*. Cidade, n. 893, v. 99, mar. 2010, p. 33-45.

² SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

³ JAUREGUI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

⁴ LOSANO apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

O reinado de Henrique I, filho de Guilherme I, caracterizou-se pelo fortalecimento das atividades dos juízes itinerantes, que locomoviam-se pelo reino para julgar em nome do rei. Consequentemente, reduziu-se o poder dos senhores feudais. Assim, a atividade dos juízes itinerantes consolidou o sistema do *common law*⁵. Conclui-se que o costume, fonte do *common law*, não teve origem no comportamento do povo, mas sim dos juízes itinerantes⁶.

Mantém-se até hoje no sistema *common law* o atributo de que os casos concretos são fonte de direito e que casos idênticos devem ter a mesma solução. Cria-se, portanto, uma estabilidade e consistência na jurisprudência. O que antigamente as decisões eram baseadas nos costumes, atualmente elas se baseiam nelas mesmas. Essas decisões são consideradas precedentes, conferindo valor aos costumes quando esses são abarcados por um precedente⁷. Dessa maneira, a função do precedente é pautar o comportamento dos cidadãos⁸.

Muito embora a fonte de direito principal do *common law* sejam os costumes, e, consequentemente os precedentes judiciais, isso não significa que seja a única fonte de direito. Explica-se: o sistema do *common law* também tem como elemento a lei escrita. Contudo, aplica-se os precedentes mesmo quando o juiz fundamenta sua decisão com base na lei. A interpretação dada àquela lei pelo juiz vinculará decisões futuras⁹.

Diferentemente do *common law*, em que houve um *continuum* histórico¹⁰, verifica-se que no *civil law* houve rupturas históricas. No século XI, na Itália, foram

⁵ GIORDANI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

⁶ LOSANO. op. cit, p. 170.

⁷ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o estado de direito. *Civil law e common law*. *Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária*. Cidade, v. 57, n.384, jun. 2009, p. 53-62.

⁸ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. op.cit. p. 57.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n.893, v.99, p. 33-45, mar.2010.

¹⁰ CAENEGEN apud SANTOS, p. 159-191

descobertos textos jurídicos que haviam sido conservados durante a Idade Média. Os estudiosos analisaram os textos profundamente, com o fito de empregar harmonia, até então inexistente, aos casos concretos. Os juízes romanos procuravam dar a mesma solução aos casos idênticos. Vê-se, desse modo, que o sistema do *civil law* surgiu em decorrência de trabalho intelectual dos estudiosos, em que o direito era pensado sistematicamente, assim como a ciência, a música, a filosofia¹¹. Não há como deixar de citar, como um dos maiores marcos do *civil law*, a Revolução Francesa, que adveio de abusos referentes à privilégios excessivos da nobreza e do clero. Com a Revolução, deu-se ênfase à teoria da separação de poderes de Montesquieu, bem como a tese de Rousseau de que a lei deveria expressar a vontade de uma nação¹². Os juízes deveriam obedecer a lei, havendo conexão entre lei escrita e igualdade. Porém, com a evolução da sociedade, não foi possível garantir a segurança que tanto se almejava. O texto da lei se tornou insuficiente para a resolução de todos os problemas, sendo necessário encontrar um mecanismo que conferisse maior flexibilidade¹³. A imprescindibilidade da interpretação da lei foi uma decorrência lógica. Mas, por não serem os precedentes nesse sistema vinculante, houve a frustração da previsibilidade, segurança jurídica, harmonia e isonomia¹⁴.

A firmeza do sistema *common law* é a presença de precedentes vinculantes. Daí a necessidade de trazer ao sistema *civil law* a vinculatividade das decisões.

2 – TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

¹¹ PINTO, op.cit. p. 57.

¹² CAENEGEN apud SANTOS, p. 159-191

¹³ PINTO, op. cit. p. 58.

¹⁴ WAMBIER, op cit. p. 57.

A teoria do precedente judicial se desenvolveu originariamente na tradição jurídica da *Common Law*, que tem como um dos fundamentos a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. O objetivo da previsibilidade é alcançado em razão da obediência aos precedentes¹⁵. Por esse motivo, não há como estudar o sistema dos precedentes judiciais sem ter conhecimento do funcionamento do *Common Law*. Isso porque, nesse sistema, a decisão possui um valor diferenciado do valor da decisão que se tem no Brasil com o sistema da *Civil Law*. Para aquele sistema, a decisão possui claramente duas missões. A primeira é a definição da controvérsia, isso é, as questões já decididas não podem ser renovadas. Já a segunda é estabelecer o valor do precedente, por meio da doutrina do *stare decisis*¹⁶. Considerando que o sistema do *Common Law* uma decisão é considerada e aplicada para solucionar um caso semelhante no futuro, a doutrina do *stare decisis* é imprescindível nesse sistema.

Desse modo, o primeiro passo é a compreensão da doutrina do *stare decisis*, o qual se fundamenta na máxima de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira similar. Importante destacar que os casos não precisam ser totalmente idênticos, de modo que a identidade não precisa ser substancial¹⁷.

O caso decidido, ou seja, o precedente, é considerado somente como um ponto de partida. O juiz estabelece o começo, o ponto de partida, afirmando a pertinência daquela decisão. Após, o precedente será adaptado, moldado e aplicado para alcançar a realidade do próximo caso concreto¹⁸.

Conforme ensinamento do jurista e filósofo americano Roscoe Pound, “o direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático”. Desse modo, devem ser

¹⁵ WAMBIER, cit.p. 59.

¹⁶ RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

¹⁷ DE ALMEIDA, Caroline Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 101, p. 343-385, ago. 2012.

¹⁸ RE, Edward D. op. cit. p. 48.

conciliados os conceitos de estabilidade e mudança¹⁹. Como é cediço, a sociedade é mutável e dinâmica, sendo certo que os valores da sociedade estão em constante movimento. Assim, o direito deve ser capaz de acompanhar a sociedade e o seu aumento de complexidade, sem, contudo, comprometer a estabilidade das decisões. Busca-se, dessa maneira, a segurança jurídica²⁰.

Na mesma decisão haverá a *ratio decidendi* e a *obter dicta*, sendo que esta é o oposto daquela. Ou seja, se na *ratio decidendi* analisa-se o que é juridicamente essencial naquela decisão, a *obter dicta* não configura elemento essencial, mas somente autoridade persuasiva. Literalmente a *obter dicta* significa “para morrer”. Dessa maneira, o que tem caráter vinculativo não são as *obter dicta*, mas o fundamento de direito que caracteriza a *ratio decidendi*²¹. Impende ressaltar que a *ratio decidendi* difere-se da *obter dicta*, pois esta se caracteriza como “uma declaração sobre direito enunciada pelo tribunal meramente como ilustração, argumento, analogia ou sugestão”²². Veja: o *obter dicta* não tem força de precedente, mas, sim, a *ratio decidendi*.

Verifica-se que, ao proferir uma decisão, não há a preocupação de identificar, desde já, qual é a *ratio decidendi*. Isso significa que o órgão subsequente, o qual irá aplicar a decisão a um caso a ele análogo, irá determinar quais são os fundamentos determinantes daquela primeira decisão²³, ou seja, qual a *ratio decidendi*.

¹⁹ POUND, Roscoe apud RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

²⁰ DE ALMEIDA, op. cit. p. 366.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op cit. p. 59.

²² SOLA, Juan Vicente. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2016, p.206.

²³ DWORCKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusets: Havard University Press, 1978 APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. Revista dos Tribunais, n. 99, v. 893, p-33-45, mar. 2010

Faz-se imperativo a aplicação do princípio legal da *ratio decidendi*²⁴. Essa significa a “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”²⁵. Assim, conclui-se que deve ser levado em consideração apenas o tema essencial daquela decisão no que diz respeito às questões de direito, e não as questões de fato. Assim, o que efetivamente é vinculativo em um precedente judicial é a *ratio decidendi*. Por óbvio, a dificuldade existente é identificar o que imprescindível, essencial, na tese jurídica daquela decisão²⁶.

Levando em consideração que o juiz decide de acordo com o direito e que a lei, pelo princípio da legalidade, admite diversas interpretações, faz-se necessário estabelecer qual é a interpretação mais correta. Assim, estabelecida qual a interpretação mais correta, há a necessidade de que ela seja observada em situações análogas futuras, para que não se comprometa o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Conforme já anteriormente demonstrado, o direito não pode ficar imutável. Há a necessidade de que a vinculação dos precedentes não seja absoluta. Assim, existem instrumentos necessários para que a doutrina do *stare decisis* evolua, e, por via de consequência, sobreviva²⁷.

Uma das técnicas existentes denomina-se *distinguishing*. Trata-se da flexibilização do *stare decisis*. A regra essencial do precedente permanece, no entanto, há certas peculiaridades, no caso concreto, que possibilita que a *ratio decidendi* seja reformulada, com o fim de se amoldar à hipótese agora em análise²⁸. Para melhor visualização do conceito ora narrado, é possível citar um exemplo, qual seja: a *ratio decidendi* é que os contratos são exequíveis. Mas o Poder Judiciário se depara com uma situação sobre a exequibilidade de um contrato contra um incapaz em razão de sua

²⁴ WAMBIER, op. cit. p. 37.

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: 2004, p. 175.

²⁶ WAMBIER, op. cit. p. 39.

²⁷ DE ALMEIDA, op. cit. p.348.

²⁸ WAMBIER, op. cit. p.41.

menoridade. Verifica-se que a regra continua sendo aplicável, que é o fato de o contrato ser exequível. Assim, não há a necessidade de reformar a regra (alterá-la), bastando reformulá-la. Desse modo, há a criação de uma exceção por meio da utilização do *distinguishing*²⁹⁻³⁰.

Conclui-se que é realizada uma distinção fática, jurídica ou procedimental constante do caso antecedente. Depreende-se que a tradução para o termo “*distinguishing*” é diferenciação.

Com efeito, é com base no *distinguishing* que se sustenta que o sistema de precedentes não acarreta na diminuição da independência do Poder Judiciário. Desde que demonstrado e devidamente fundamentada a diferença fática entre os casos, é possível afastar o efeito vinculante do precedente, mantendo a liberdade de julgar dos juízes³¹.

No que diz respeito à superação de um precedente há a técnica do *overruling*, que nada mais é do que uma total mudança interpretativa³². O precedente pode ser revisto a qualquer tempo. Inclusive, essa característica que o diferencia da coisa julgada, na medida em que quando ocorre o trânsito em julgado de uma decisão, esta não pode ser revista. Frisa-se: a decisão não pode ser revista (a não ser por meio de ação rescisória), mas o precedente pode. É possível fazer uma comparação do *overruling* com a revogação de uma lei por outra³³.

²⁹ EISENBERG, Melvin A. The principles of legal reasoning in the common law. In: EDLIN, Douglas E (org.). Common Law Theory. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 93, 2007.

³⁰ Cite-se que no Brasil as cortes se utilizam da técnica do *distinguishing*. O STF já utilizou-se desse mecanismo quando editou a Súmula 724 ao entender que a decisão proferida na ADC 4, que diz respeito à constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 que veda a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, não se aplicaria aos casos de demanda previdenciária.

³¹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Franciso. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 40, v. 241, p. 422, mar. 2015.

³² DE ALMEIDA, op. cit. p. 348.

³³ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*. Vol.1. n.6. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: fev. 2016.

Um aspecto muito relevante no *overruling* é a necessidade de as decisões judiciais serem bem fundamentadas, pois só utilizando-se da fundamentação é que os argumentos poderão ser confrontados para assim poderem ser superados.

Dessa maneira, infere-se que o *distinguishing* e o *overruling* são técnicas de oxigenação do direito, ou seja, impedem a petrificação³⁴, possibilitando a atualização do direito de acordo com a sociedade.

3 – OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De maneira extremamente significativa, o novo Código de Processo Civil inaugura uma regulamentação própria e específica sobre os precedentes judiciais, o que não ocorre no Código de Processo Civil de 1973. Desse modo, indubitável que se trata de um tema atual, chamando atenção da comunidade jurídica.

A convivência em uma sociedade democrática requer atividades em conjunto, de modo a obstar que cada indivíduo atue em conformidade com o seu próprio código de valores³⁵. Um dos fundamentos da adoção da teoria dos precedentes é o princípio da igualdade, o qual impele o legislador a elaborar dispositivos legais sem que se estabeleça diferenças entre os cidadãos sem justificativas³⁶. Ou seja, o princípio da igualdade determina que perante a lei, todos são iguais, sem privilégios. É o que preconiza o art. 5º, *caput*, da CF³⁷. Trata-se da igualdade formal. O dever de igualdade

³⁴ Ibidem.

³⁵ CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 228.

³⁶ CAMBI; HELLMAN. op.cit. p.11.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

também é imposto ao juiz, na medida em que ele não pode proferir decisões que estabeleçam distinções entre os sujeitos³⁸.

Já o princípio da isonomia, necessário ao sistema de precedente, se faz imprescindível pois não se pode conceber que o Judiciário não fique vinculado as suas próprias decisões com o intuito de garantir o mesmo posicionamento jurídico a todos, de onde vem o brocardo *treat like cases alike* – tratar casos iguais de modo semelhante –.

É da natureza dos precedentes que os órgãos judiciais devem segui-los, mesmo que deles discordem. No entanto, confere-se ao julgador ressaltar o seu entendimento pessoal inclusive para que se possa reconstruir o precedente e indicar a necessidade de superação, como no caso de *overruling*, e sinalização, como na hipótese de *sinaling*, para eventual revisão do entendimento³⁹.

Considerando esses princípios, bem como o da previsibilidade, estabilidade, segurança jurídica e duração razoável do processo que o novo Código de Processo Civil incorporou efetivamente a doutrina do *stare decisis*, embora com adaptações, ao prever expressamente o art. 927 do NCPC⁴⁰, inserido dentro do Livro III, Título I, Capítulo I, do NCPC⁴¹.

Um dos motivos mais relevantes para a adoção desse sistema é que com a crise do modelo de tripartição dos Poderes, o qual se enquadra a discussão do ativismo judicial, houve uma significativa alteração na atuação dos magistrados, tendo em vista que no *civil law* sua atividade não se limita mais a ser a boca da lei, que aplicava de modo mecânico a legislação escrita. Desse modo, há a necessidade de ser criar

³⁸ CAMBI; HELLMAN. op.cit. p.11.

³⁹ Ibidem, p. 421.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴¹ REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Crise no Estado Moderno, separação de Poderes e *stare decisis* – os precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, p. 15-35.

instrumentos hábeis com o fito de padronizar as decisões judiciais, sendo que essa preocupação sempre foi relacionada com o sistema da *common law*⁴².

Diante desse contexto, o novo Código de Processo Civil estabeleceu no inciso I do art. 927 a obrigatoriedade de observância dos precedentes do STF no controle de constitucionalidade. Verifica-se, portanto, que não houve uma distinção entre juízes e tribunais. Isso significa que a menção genérica de “tribunais” compreende inclusive o próprio STF, que também está vinculado aos precedentes⁴³.

O inciso III, do supramencionado artigo, por sua vez, preconiza que deverão ser observados os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Desse modo, há uma evidência de que os tribunais superiores ocupam posição de vértice⁴⁴. Compreende-se o STF e o STJ, dentro das competências de cada qual, como Cortes supremas, de vértice, uma vez que não há tribunais acima para rever suas decisões.

O inciso II do art. 927 do NCPC versa acerca das súmulas vinculantes e o inciso IV trata das súmulas persuasivas, respectivamente. Tendo em vista que foi expressamente prevista a diferenciação entre precedente e súmula, não se pode admitir a confusão entre os conceitos. Assim, ao aplicar um enunciado sumular, exige-se que o julgador leve em consideração os precedentes utilizados para a formação da súmula⁴⁵. Isso é, devem ser considerados os precedentes que foram empregados para a construção da súmula. Diante de um sistema que se busca o fortalecimento do direito jurisprudencial, deve-se abandonar a prática de interpretar uma súmula dissociada dos precedentes que a originou.

⁴² Ibidem, p. 16.

⁴³ CAMBI; HELLMAN. op.cit. p.423.

⁴⁴ Ibidem, p. 422.

⁴⁵ Ibidem, p. 423.

Fechando o *caput* do art. 927 do NCPC há o inciso V⁴⁶, o qual prevê que juízes e tribunais devem respeitar as orientações do órgão especial ou do plenário do tribunal que estão vinculados.

Na hipótese de o julgador não seguir o precedente vinculante, faz-se necessário que a fundamentação para a sua não aplicabilidade seja adequada e específica, nos termos do § 4º do art. 927 do NCPC⁴⁷. Destaca-se que o novo Código de Processo Civil enfatiza a motivação das decisões judiciais com fundamento no princípio do contraditório, em especial por estabelecer no art. 7º do NCPC o princípio da paridade de armas, bem como no art. 9º do mesmo diploma legal o dever de o juiz oportunizar a manifestação da parte antes de proferir uma decisão.

Para que ocorra a superação do precedente, deve se comprovar que o novo posicionamento é mais adequado do que o anterior, por se estar diante de um equívoco deste ou de uma alteração de contexto. Ademais, por meio da fundamentação, o órgão judicante demonstrar que os motivos para se adotar um novo posicionamento é mais forte do que as razões de segurança que atuam para que o precedente seja mantido⁴⁸.

Além disso, o dever de fundamentação das decisões exigido para quando o juiz não aplica o precedente impõe que o magistrado tenha conhecimento do histórico de decisões. Destarte, o sistema de precedentes adquire uma característica democrática, em que o magistrado participa ativamente na construção do ordenamento jurídico. Ademais, o caráter democrático vislumbra-se também no fato de é possível que qualquer órgão jurisdicional afaste o efeito vinculante do precedente, desde que exerça adequadamente o seu dever de fundamentação das decisões⁴⁹. Conclui-se, desse modo, que efetivado

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, ano 39, vol. 237, p. 392, nov./2014.

⁴⁹ CAMBI; HELLMAN. *op.cit.* p.11.

esse dever, não é relevante se o precedente originou-se de um órgão jurisdicional superior, inferior ou de mesma hierarquia.

Com efeito, o art. 927, § 4º, do NCPC⁵⁰, ao exigir fundamentação adequada, reforça o direito fundamental dos cidadãos previsto no art. art. 93, IX, da Constituição Federal⁵¹ de motivação das decisões judiciais, para afastar o arbítrio do julgador e evitar que o julgamento se limite a sua íntima convicção sem se pautar em conteúdos racionais.

CONCLUSÃO

Depois de identificada a necessidade de o direito ser previsível e a possibilidade de o Direito se adaptar, conclui-se que há a necessidade de criação de mecanismos para que não torne o precedente como mero casuísmo. Esse fato decorre da necessidade de segurança jurídica, que nada mais é do que a confiança do jurisdicionado depositada no Estado de que uma conduta acarreta determinada solução.

Como já asseverado no decorrer desse trabalho, o sistema do *civil law* privilegia as normas. De acordo com a cultura jurídica brasileira, temos a concepção de justiça atrelada à norma escrita. O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema é muito distante do sistema do *common law*. Há pontos de aproximação, mas a cultura do *stare decisis* é de uma configuração completamente diferente, pois, em primeiro lugar, integra uma cultura jurídica. Em segundo lugar, porque a técnica do precedente como é aplicada no *common law* é bem diversa do modo como que é aplicado no sistema brasileiro.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

Um dos pontos que mais merece críticas quanto à adoção da teoria dos precedentes no NCPC é no que diz respeito à superação de um precedente. Os métodos de *overruling* foram construídos no *common law* durante séculos. No Brasil vem sendo aplicada a partir da EC 45 e agora consolidada com o NCPC. Contudo, a evolução de um sistema jurídico deve acompanhar a sociedade, sendo certo que uma previsão legal, por si só, não é capaz de alterar toda uma cultura jurídica.

O NCPC traz esperança de que haja maior estímulo ao estudo dos precedentes. Os sistemas de *common law* e *civil law* não são mais vistos de forma estanque. Eles se influenciam. Não há mais sistema de *civil law* baseado apenas em leis. O NCPC servirá como estímulo ao estudo dos precedentes em busca de uma justiça baseada na igualdade, na eficiência e na segurança jurídica. Desse modo, é imprescindível a realização de uma releitura da teoria do precedente para que ela seja incorporada no ordenamento jurídico de forma adequada, já que o direito brasileiro não possui uma cultura do precedente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.> Acesso em: 15 mar. 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Franciso. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 40, v. 241, mar. 2015.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: 2004.

DE ALMEIDA, Caroline Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 101, ago. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Havard University Press, 1978 APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, n. 99, v. 893, mar. 2010.

EINSENBURG, Melvin A. The principles of legal reasoning in the common law. In: EDLIN, Douglas E (Org.). *Common Law Theory*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

GIORDANI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

JAUREGUI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

LOSANO apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*. vol.1. n.6. Dezembro de 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, ano 39, vol. 237, nov./2014.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o estado de direito. *Civil law* e *common law*. *Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária*. Cidade, v. 57, n.384, jun. 2009.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Interpretação da lei de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*. Cidade, n. 893, v. 99, mar. 2010.

POUND, Roscoe apud RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Crise no Estado Moderno, separação de Poderes e stare decisis – os precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, julho/2015.

SANTOS, Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

SOLA, Juan Vicente. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n.893, v.99, mar.2010