



DA CIVIL LAW À COMMON LAW: O NASCIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

Marcus Vieira Silva¹

RESUMO

Sem a pretensão de reconstruir a história das diferentes tradições jurídicas, foi feita uma breve digressão no tempo com o intuito de revelar os fundamentos históricos do novo sistema de precedentes de observância obrigatória instituído no Código de Processo Civil de 2015. No Brasil, como se sabe, seguimos a tradição jurídica romano-germânica, com o protagonismo da lei no Direito. Falhas do sistema, como a possibilidade de soluções jurídicas díspares em casos similares, em razão de interpretação normativa diversa pelos juízes, mitigam a unidade do Direito e do tratamento isonômico entre as pessoas, e clamam por respostas diretas e definitivas. Nesse contexto, a utilização da jurisprudência como fonte primária do Direito, tal como é adotado na *common law* através dos *binding precedents*, surge como norte para a evolução do sistema processual brasileiro.

¹ Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional. Graduado pela Universidade de Brasília. Servidor público do Tribunal Superior do Trabalho. Assessor de Ministro.

Palavras-chave: Sistema de Precedentes. *Common law*. *Civil law*. *Ratio decidendi*.

Introdução

A fim de entender um pouco mais sobre o sistema de precedentes que se encontra no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), imprescindível a compreensão prévia acerca dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo, mormente para operadores do direito que estão habituados a lidar com fontes do direito positivadas, como é o caso dos juristas brasileiros.

Isso se revela necessário porque o CPC/15, na linha evolutiva do direito ocidental, encaminhou-se para a aproximação entre o *civil law* e o *common law*, em matéria de reconhecer força de fonte de direito (direta) ao precedente jurisprudencial. Nesse plano figuram os regimes de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade.

Essa ânsia de se aproximar ao direito anglo-saxônico e a vontade política legislativa processual respaldam-se nos direitos fundamentais que garantem a igualdade e a segurança jurídica, como cláusulas pétreas no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a aplicação do direito, por juízes e tribunais distintos na vastidão cultural e territorial do país, por vezes leva a situações indesejáveis, em casos similares que têm soluções distintas aplicadas pelos operadores do direito.

Cabe o alerta, contudo, de que, apesar de beber das águas anglo-saxônicas e se inspirar nas tradições do *common law*, o sistema de precedentes adotado no CPC/15 não se limita a uma simples versão do instituto anglo-saxônico. Possui características próprias. Respeita as peculiaridades da construção histórica de nosso ordenamento jurídico, dos movimentos doutrinários, bem como da experiência que, em torno da matéria, a lei e os tribunais têm vivido.

Nesse contexto, busca-se com o novo sistema de precedentes, dar unidade à interpretação das normas jurídicas, com a possibilidade de vinculação das decisões judiciais pelos precedentes de observância obrigatória, tal como ocorre no sistema de tradição jurídica da *common law*. Conceitos importantes foram importados, valendo citar alguns: *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *signaling*, entre outros.

Diante dessas breves considerações iniciais, espera-se que o trabalho contribua para a reflexão sobre a sistemática de precedentes vinculantes adotada no Brasil, sempre tendo em vista a necessidade de se prestigiar o Estado Democrático de Direito, com a produção de decisões judiciais que espelhem e evidenciem princípios constitucionais caros para a vivência em sociedade, como o são aqueles da isonomia e da segurança jurídica.

Breves apontamentos históricos dos sistemas jurídicos: a formação da tradição jurídica romano-germânica

Os sistemas jurídicos são a forma como o direito se desenvolve nas diferentes partes do globo e são classificados de acordo com sua origem histórica e forma de operação interna em cada país. Além dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, existem no mundo, ainda, a família dos direitos socialistas (em declínio), e outros, como o Direito muçulmano e o Direito do extremo oriente (DAVID, 2002).

O sistema de *civil law* é aquele mais difundido no mundo e traz suas raízes do Direito Romano, marcado especialmente pelo surgimento do *Corpus Juris Civilis*, compilação do Direito Romano levada a efeito por Justiniano no Século VI, organizada em cinco capítulos: direito das pessoas, direito de família, sucessões, propriedade e obrigações (PUGLIESE, 2011).

Além disso, imprescindível destacar que o imperador romano, após fazer a compilação, proibiu que se fizesse qualquer referência ao trabalho dos juristas, bem como a elaboração de comentários a respeito do *Corpus Juris Civilis*. Ou seja, ao abolir os comentários e a interpretação do texto, Justiniano pretendia, com isso, que a sua compilação fosse suficiente para resolver qualquer problema jurídico. A *civil law* nascia, pois, com um de seus maiores dogmas: o de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la (PUGLIESE, 2011).

A queda do império romano no ocidente provocou um afastamento europeu da compilação de Justiniano, tendo em vista que os germanos, que conquistaram a península italiana e a maior parte dos territórios europeus, tinham seus próprios costumes, que acabaram se mesclando às disposições do *Corpus Juris Civilis* e formando a família romano-germânica (PUGLIESE,

2011).

Importante evento histórico na formação da tradição jurídica romano-germânica foi a revolução francesa. O contexto histórico prévio à revolução era caracterizado por um Judiciário francês formado por membros da alta classe da nobreza que atuavam em favor e em conjunto da aristocracia feudal. Não se respeitavam os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, de modo que as decisões judiciais eram parciais, com aplicação da lei em favor e em benefício da própria classe dos juízes (PUGLIESE, 2011).

A separação de Poderes, ideia difundida por Montesquieu, vinha com a noção de que o juiz teria que ser

Em países de tradição romano-germânica, a maior fonte de direito é escrita e posta em leis, códigos. Outra característica importante desse sistema jurídico é a abstração e generalidade das normas editadas, a partir das quais há a aplicação ao caso concreto por subsunção. Considerando-se tais especificidades, é comezinho que o sistema jurídico adotado pelo Brasil está mais próximo da família romano-germânica, valendo destacar, ainda, a inúmera quantidade de códigos que se tem no ordenamento jurídico pátrio: Código Penal, Código Civil, CPC, Código de Processo Penal, etc.

Mais História: a formação da tradição jurídica anglo-saxônica e os elementos da *common law*

(...) “é comezinho que o sistema jurídico adotado pelo Brasil está mais próximo da família romano-germânica, valendo destacar, ainda, a inúmera quantidade de códigos que se tem no ordenamento jurídico pátrio: Código Penal, Código Civil, CPC, Código de Processo Penal, etc”.

necessariamente, e tão somente, a boca que pronuncia as palavras da lei (*La bouche de la loi*), um ser inanimado, despido de qualquer sentimento ou pensamento, um mero aplicador do texto da lei sem qualquer valoração ou interpretação (PUGLIESE, 2011).

Para que a separação de poderes funcionasse nesses moldes, em que o Poder Judiciário se tratava de um “poder nulo”, que não criava direito, era necessário que o Poder Legislativo editasse leis capazes de regular todas as situações. Dessa forma, a figura dos Códigos ganhou extrema relevância, sendo editados com a promessa de completude e coerência. Mediante uma extensa legislação que regulamentava todos os casos, os juízes deveriam se portar como simples aplicadores do direito posto (PUGLIESE, 2011).

O sistema da *common law* é oriundo do direito inglês e o direito adotado é o costumeiro, aplicado pela jurisprudência, sendo que, no âmbito desse sistema a decisão judicial é essencial para a pacificação dos litígios. As decisões judiciais se tornam normas ditadas em razão da necessidade da sociedade em dirimir os conflitos ali existentes (MATIAS, 2019 *apud* BUSSI, 2019).

Tradição jurídica muito mais recente que a romano-germânica, seu surgimento remonta ao ano de 1.066 depois de Cristo, em que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra na conhecida Batalha de Hastings. No período medieval, deu-se início o desenvolvimento da família jurídica anglo-saxônica, sem um código que a orientasse, o que se revelará a maior

diferença entre as tradições (PUGLIESE, 2011).

O estudo desse período de início da tradição jurídica anglo-saxã revela que os juízes ingleses não recorriam às decisões anteriores como fontes de direito, sendo que o precedente medieval não era nada mais do que os resultados dos julgamentos transcritos em um registro (*plea roll*) (DUXBURY, 2008).

O desenvolvimento judicial ocorrido na Inglaterra no final da Idade Média foi diverso dos demais países da Europa Continental. Na disputa pelo poder entre a Coroa, ocupada na época pela linhagem Stuart, e o Parlamento, os juízes barraram a realeza, impedindo a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pela “*law of the land*”, ou seja, o direito aplicado de forma costumeira no território inglês, que deu origem à expressão “*rule of law*”, comumente traduzida como Estado de Direito (PUGLIESE, 2011).

A ideia de “*law of the land*” ganhou ainda mais força com a queda dos Stuart do Poder, sendo a *common law* o mais alto produto de uma série de gerações capaz de conter até mesmo o poder da realeza autoritária. Assim, a concepção de Direito não escrito e costumeiro agigantou-se a ponto de influenciar a própria Constituição inglesa, que não é escrita, mas fundada nos princípios e ideais da *common law* (PUGLIESE, 2011).

Logo se desenvolveu a ideia de negar vigência aos atos do Parlamento contrários à “*law of the land*”, sendo julgados absolutamente nulos, a partir de fontes como o costume e os princípios, sem vinculação a um corpo rígido de normas, como era o caso da tradição romano-germânica, ligada ao *Corpus Juris Civilis*. Nessa época de origem da *common law*, não havia qualquer referência aos precedentes, o que leva a crer que a vinculação dos tribunais às decisões judiciais

anteriores não é um traço distintivo da tradição anglo-saxônica, mas sim um produto de sua experiência, como se pode perceber (PUGLIESE, 2011).

É possível afirmar, contudo, que, hodiernamente, o traço mais destacado do sistema *common law* é estar baseado em precedentes vinculantes e obrigatórios, os quais são fontes primárias do direito, juntamente com os estatutos e as legislações esparsas. Além desse traço notório, este sistema legal se perfaz por aquelas outras particularidades existentes desde a sua origem que também o diferenciam do *civil law*, a exemplo do direito consuetudinário e dos aspectos de equidade (CARVALHO, 2015).

Como dito, a doutrina do *stare decisis* e do *rule of precedent* somente foi incorporada pelo sistema *common law* séculos depois de sua existência, restringindo-se, durante esse tempo, apenas aos costumes gerais que determinavam o *Englishmen*. (MARINONI, 2013 *apud* CARVALHO, 2015).

Fazendo um arremate das características da tradição anglo-saxã, pode-se dizer que na *common law* o Poder Judiciário exerce função central, construindo um sistema positivo (*judgemade law*). Todavia, os juízes estão vinculados aos parâmetros normativos ditados por decisões anteriores (*prior cases*), os chamados precedentes (*binding precedents, mandatory precedent* ou *binding authority*). A lei é a fonte do direito menos utilizada nesse sistema e as decisões judiciais enquanto precedentes, são as fontes principais (MARINONI, 2016 *apud* BUSSE, 2019).

Intercâmbio de experiências: por que conferir maior valor aos precedentes no Brasil?

A sabedoria se adquire da experiência, a qual é construída com os próprios

erros. Assim é que as tradições jurídicas vão se aperfeiçoando com a evolução da humanidade, preenchendo as falhas com mecanismos e procedimentos que possam contribuir para o melhor desenvolvimento do direito dentro de uma sociedade.

Como se pode observar da própria história do desenvolvimento do *Corpus Juris Civilis*, o direito codificado não consegue abarcar as inúmeras situações e problemas criados pela realidade.

Em razão do problema das lacunas na lei, houve a tentativa de solucionar com diferentes formas de integração do direito. Nesse sentido, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz a assertiva de que, quando a lei for omissa, cabe ao juiz decidir o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Da mesma forma, tentou-se resolver o problema legislativamente, com a criação de cláusulas gerais abertas para determinados conceitos, ou mesmo pela criação de microsistemas, que escapam à codificação com normas esparsas pelo ordenamento jurídico.

Impende observar que todas as formas de solucionar o problema de eventual lacuna legislativa conferem maior poder de interpretação sobre os fatos ao juiz, seja pela analogia, costumes ou princípio gerais do direito, ou mesmo pela interpretação sistemática dos microsistemas e aplicabilidade das cláusulas gerais do direito.

Admite-se, assim, que, contrariamente ao afirmado por Montesquieu, os magistrados não poderiam ser meros “*bouches de la loi*”, mas, sim, verdadeiros manejadores do direito, com papel central na interpretação da lei. Não se aceita, todavia, em nenhuma hipótese, que o exercício da magistratura suplante o poder conferido ao Poder Legislativo na criação do direito, como se pode observar em exemplo no direito processual do trabalho, pelo qual a Lei nº 13.467/17 inseriu o art. 8º, § 2º,

na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) trazendo a vedação aos tribunais trabalhistas de restrição de direitos legalmente previstos ou criação de obrigações que não estejam previstas em lei por meio de súmulas e enunciados de jurisprudência. Tal previsão legal apenas materializa o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Por fim, relevante observar o exemplo do direito existente no Estado da Luisiana (EUA). Sua história revela que foi colonizada pelos franceses, com importação da tradição jurídica romano-germânica, mas foi comprada pelos Estados Unidos da América em 1803, nação em que impera a *common law*, com o respeito aos precedentes (ALGERO, 2005).

Por mais de 200 anos o direito de Luisiana se desenvolveu sob a influência dos dois sistemas. Por um lado, o direito privado é fortemente marcado pelo direito civil europeu. Por outro, o direito público é embasado no modelo norte-americano, com o permeio da força da *common law* e dos precedentes, resultando em um sistema que mescla os dois benefícios das duas tradições: o respeito às normas legisladas e aos precedentes (PUGLIESE, 2011).

Nesse sentido tem caminhado o direito brasileiro. País de tradição notadamente romano-germânica, tem implementado normativamente medidas que buscam privilegiar a força e a importância dos precedentes no direito, como forma de diminuir o trabalho do Poder Judiciário e, concomitantemente, aumentar o prestígio desse Poder diante da sociedade pela realização da Justiça através da igualdade na resolução dos casos.

Importantes conceitos da *common law*

De forma simplificada, é possível

definir precedente como um evento ocorrido no passado que orienta uma decisão a ser tomada no presente. Nesse sentido, Neil Duxbury (2008), para explicar o conceito de precedente, ilustra que, no décimo primeiro aniversário de sua filha mais velha, optou por dar de presente a ela um aparelho celular. Sua segunda filha, ao completar 11 anos, pediu a ele de presente um telefone celular, invocando o acontecido com a irmã mais velha.

Já o conceito de *stare decisis* advém da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, traduzido da seguinte forma: “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

A natureza jurídica do *stare decisis* não foi definida no sistema *common law*. Defini-lo como doutrina seria correto em razão da tradição que existe no *common law*,

de entendimento de Corte superior de forma a vincular o julgamento realizado em Corte inferior, mas sim o critério temporal, pelo simples fato de já haver pronunciamento anterior da mesma Corte (SCHAUER, 2009 *apud* CARVALHO, 2015).

Em resumo, a obrigação da Corte em seguir os seus próprios precedentes (julgados anteriores, que antecedem o caso presente) consubstancia o que se denominou de *stare decisis*.

Sabe-se, portanto, que um precedente vincula a própria Corte e também as Cortes inferiores, na hierarquia constitucionalmente estabelecida entre os órgãos judicantes. Mas e os precedentes criados por Cortes inferiores poderiam vincular o entendimento de órgãos superiores?

A resposta imediata seria no sentido

“Em resumo, a obrigação da Corte em seguir os seus próprios precedentes (julgados anteriores, que antecedem o caso presente) consubstancia o que se denominou de *stare decisis*.”

de seguir precedentes. Outrossim, a mesma obrigação de seguir os precedentes pode se traduzir para o nosso ordenamento como norma, possuindo autoridade como tal. (MACÊDO, 2019)

Além de serem vinculadas às decisões de Cortes superiores na hierarquia judicial (precedente vertical), as Cortes inferiores também estão vinculadas, embora de forma menos óbvia, às decisões que elas mesmas proferiram, numa dimensão horizontal da vinculação dos precedentes. Nesse caso, um precedente torna-se vinculante pelo simples fato de haver um posicionamento anterior da mesma Corte. Assim, na vinculação horizontal do precedente, o critério não é o da existência

de que um precedente formado por uma Corte inferior não é, *a priori*, vinculativo para os tribunais que estão acima dela, devendo os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das cortes permanecerem vigentes e aceitos como fontes primárias do direito até que os órgãos superiores decidam de forma contrária ou até o advento de nova legislação, em sentido contrário ao quanto decidido (CARVALHO, 2015).

No entanto, há casos em que esses precedentes constituídos nos tribunais inferiores acabam se consolidando ganhando autoridade a ponto de influenciar a decisão dos órgãos superiores, como na situação em que o precedente foi repetido várias vezes,

ou mesmo quando um único precedente ficou indiscutível muito tempo, porque não foi objeto de apelo para a instância superior. Nesses casos, a sociedade já incorporou as premissas jurídicas assentadas nesses julgados como se leis fossem, e as relações sociais já foram estabelecidas em cima desses precedentes de modo que caberá ao Tribunal Superior sopesar os males advindos da reviravolta do precedente formado, colocando em evidência a grande valia que é conferida ao princípio da segurança jurídica no *common law* (GERLLDART, 1995 *apud* CARVALHO, 2015).

Mas como saber o que foi definido em precedente firmado por uma Corte? Aqui vem uma tarefa complicada, de modo a introduzir a noção de *ratio decidendi*, conceito caro para o sistema de precedentes.

A *ratio decidendi*, ou expressão mais comum nos Estados Unidos, *holding*, constitui o elemento vinculante revelado a partir do cotejo das premissas e princípios fático-jurídicos. Em suma, cuida-se da tese, princípio ou núcleo principiológico da decisão que realmente vincula e regulamenta os casos futuros (CARVALHO, 2015).

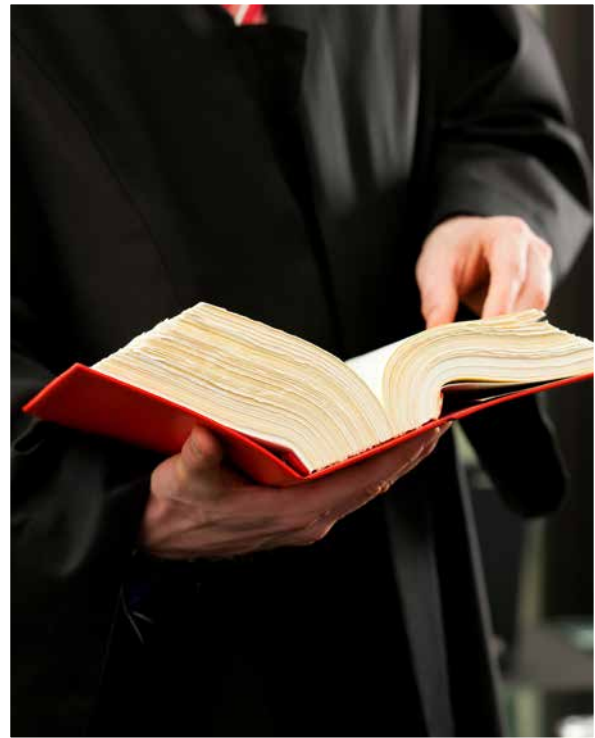
O art. 489 do CPC elenca os elementos essenciais de uma sentença, *in verbis*:

São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que



as partes lhe submeterem (BRASIL, 2015).

Daí se extrai que são elementos imprescindíveis contidos em uma decisão: (i) os fatos, sejam aqueles narrados ou inferidos pelo julgador; (ii) os princípios de direito positivo aplicados aos fatos em julgamento; e (iii) o julgamento baseado na combinação entre os dois elementos acima citados. Para as partes do caso em julgamento, importante é o dispositivo da decisão. Para o sistema de precedentes, a base do sistema é aquilo apresentado pelo Tribunal no item II, sendo que para as partes do processo interessa a parte dispositiva do julgado, que transitará em julgado (CARVALHO, 2015).

Imprescindível ainda destacar que não é todo argumento jurídico ou fato julgado que poderá ser considerado razões de decidir vinculante. Para identificação da *ratio decidendi* a doutrina tem destacado três métodos, a seguir listados.

A teoria de Goodhart, que foi a pioneira a atacar o problema da indefinição da *ratio decidendi*, assenta que a *ratio* deve

ser determinada a partir da verificação dos fatos, tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Tal teoria, apesar de receber inúmeras críticas, tal como aquela em que se alega que cada um desses fatos pode ser declarado em diferentes níveis de generalização, podendo levar a uma solução distinta para o caso em análise, tem sido utilizada por muitos juízes ao decidirem casos em Cortes norte-americanas (STRECK *et. al.*, 2019).

Pela teoria de Eugene Wambaugh, a *ratio decidendi* é determinada pela inversão do sentido da proposição do julgado: se a alteração implicar modificação do resultado da decisão, ela pode ser considerada como razão de decidir. Em outras palavras, pelo chamado “teste de Wambaugh”, a *ratio decidendi* deve ser uma regra identificável a partir do elemento da decisão sem o qual o caso em questão deveria ter sido decidido de outra maneira, distinta da que foi (WAMBAUGH, 1894).

A teoria de Herman Oliphant perfilha o entendimento de que a *ratio* revela-se nos fatos específicos, pois seriam estes que trariam a previsibilidade da decisão, e não as razões jurídicas (PUGLIESE, 2011).

Por fim, o conceito referente ao *obiter dictum*, que não possui vinculação, relativo aos argumentos utilizados pelos juízes, ou mesmo comentários *en passant*, que são considerados prescindíveis para o deslinde da controvérsia. (STRECK *et. al.*, 2019)

Cabe, por último, abordar os conceitos relacionados às técnicas de superação e distinção de precedentes.

De acordo com Santos; Pugliese (2017, p. 06),

O termo *distinguishing* foi assimilado

no Brasil como mera distinção entre casos. Quando, por exemplo, o STJ afeta determinada matéria ao rito dos recursos repetitivos, os processos que versem sobre idêntica questão devem ser sobrestados. Se, todavia, o processo sobrestado versar sobre outra questão, pode-se argumentar pela distinção como fundamento para destrancar a causa. Nota-se que a atividade de distinguir não se dá em relação à aplicação do precedente, que, em alguns casos, sequer está formado. Trata-se de distinção para fins de não submissão a determinado rito de coletivização de julgamentos.

Para o termo *overruling*, comumente traduzido no Brasil como superação, diz-se da possibilidade de mudança de entendimento anteriormente adotado em precedente que, pelas circunstâncias fáticas, deveria ser adotado no caso analisado, mas não o foi em razão de mudanças sócio-jurídicas.

Outro técnica de revogação utilizada nos Estados Unidos é chamada de *overriding*, que é a limitação ou restrição da incidência do precedente, de forma apenas parcial. De acordo com Macêdo (2019, p. 324),

O *overriding* ocorre quando um tribunal torna mais estreito o âmbito de aplicação de uma norma estabelecida em favor de outra, que surgiu depois. Imagine-se o precedente A, com a respectiva norma *a*, aplicável aos fatos X, Y e Z, e o posterior precedente B, com a respectiva norma *b*, aplicável ao fato W; existiria o *overriding* caso o tribunal, por exemplo, restringisse a aplicação de A em favor de B, dizendo que nos fatos Z não incide mais *a*, mas sim *b*. Há a redução de uma norma antiga em favor da ampliação de uma norma nova.

A sinalização (*signaling*), por sua vez, consiste em técnica importante para a superação de precedentes, através da preservação da segurança jurídica na mudança, tutelando a confiança legítima do passado e afastando-a do futuro. Por meio desse procedimento, o tribunal, a despeito de continuar aplicando o precedente, já alerta a sociedade no sentido de que ele não mais é confiável, podendo vir a deixar de aplicá-lo no futuro (MACÊDO, 2019).

Diferenças marcantes entre o sistema de precedentes brasileiro e a *common law*

Algumas diferenças existentes entre a *civil law* e a *common law* já ficaram evidentes até aqui, em relevo a valoração diferenciada das diversas fontes do direito.

Para Frederick Schauer, a maior diferença entre as tradições é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso e não, com o código. No sistema da *civil law*, a maior importância é dada à incolumidade da lei pelos juízes, que buscam aplicá-la a um caso concreto. Por sua vez, os magistrados da *common law* se importam em extremo com o caso, aplicando uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível (SCHAUER, 2009).

A principal disparidade, portanto, é o método utilizado para a solução de uma determinada questão. Nesse sentido, a premissa maior para um magistrado inglês é o fato (PUGLIESE, 2011, p. 33).

Interessa-nos, além das diferenças de cada um dos sistemas suso mencionados, abordar as peculiaridades existentes no sistema brasileiro. Conforme dito no início deste trabalho, o sistema de precedentes adotado pelo CPC/15 possui características próprias que o distinguem acentuadamente da tradição jurídica da *common law*, não obstante a influência que esse exerceu sobre aquele.

Num primeiro aspecto, é possível trazer a diferenciação apontada por STRECK *et. al.* (2019, p. 325), no sentido de que a *ratio decidendi* se estabelece posteriormente no direito anglo-saxão, através da função interpretativa dos tribunais responsáveis pela aplicação do precedente, enquanto que um precedente no sistema processual brasileiro já nasce assim, conforme se pode extrair da listagem contida no art. 927 do CPC/15. No *common law*, portanto, a decisão cobre somente o caso que está diante da Corte, em um primeiro momento, e, apenas quando as cortes subsequentes lidam com casos novos, seu conteúdo enquanto precedente é desenvolvido.

Cabe salientar, ainda, que a *ratio decidendi*, um dos aspectos axiais do sistema anglo-saxônico, possui significância diferenciada para o processo civil brasileiro, que distancia o sistema de vinculação de precedentes adotado no Brasil daquele visto em países de *common law*.

Isso porque a jurisprudência iterativa e atual do STF é no sentido da não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, ou de adoção da teoria restritiva do efeito vinculante das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, pela qual apenas o dispositivo teria efeito vinculante, e não a fundamentação da decisão. Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ADI 2.908. PARÂMETRO AFASTADO. RE 643.247-RG (TEMA 016). AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À ADI 1.942. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.

Não se considera eivado de vício o proferimento judicial que, em capítulo decisório, afasta paradigma suscitado como reforço argumentativo, ainda que este não seja o objeto principal da reclamação. 2. Não esgotadas as instâncias ordinárias, incabível a invocação de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, consoante o art. 988, § 5º, II, do CPC. **3. A teoria da transcendência dos motivos determinantes é inaplicável como suporte para o manejo da reclamação constitucional.** Precedentes. 4. A reclamação constitucional é ação vocacionada para a tutela específica da competência e autoridade das decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não se consubstancia como sucedâneo recursal ou ação rescisória. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, se unânime a votação. (Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Rcl 37871 AgR, Relatora: ROSA WEBER, julgado em 15/04/2020, publicado em 13/05/2020 – g.n.) (BRASIL, 2020)

Como se extrai da leitura da ementa acima transcrita, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a teoria da transcendência dos motivos determinantes é inaplicável como suporte para manejo da reclamação constitucional, entendimento esse firmado na vigência do CPC/73, mas que tem se perpetuado mesmo após a vigência do CPC/15.

A eficácia contra todos e o efeito vinculante estabelecidos no art. 102, § 2º, da Constituição Federal têm seus efeitos restritos à determinação contida no dispositivo (teoria restritiva). Pela teoria da transcendência dos

motivos determinantes, a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão também teriam efeito vinculante (teoria extensiva).

Exemplo esclarecedor da não aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes é aquele explorado por Márcio Lopes (2015).

A hipótese citada pelo referido autor traz o exemplo de um Prefeito de uma cidade do interior do Ceará, que teve suas contas aprovadas pela Câmara Municipal, mas rejeitadas pelo Tribunal de Contas, já que a Constituição do Estado do Ceará previa que o Tribunal de Contas julgaria as contas dos prefeitos.

O Prefeito, então, defende que a decisão do Tribunal de Contas foi errada e que a Constituição do Ceará, nesse ponto, viola a CF/88, considerando que, no caso dos chefes do Poder Executivo, o Tribunal de Contas apenas emite parecer prévio, não devendo julgar as contas. Aponta, ainda, que o STF já acolheu essa tese, ou seja, a de que as contas dos Prefeitos não são julgadas pelo Tribunal de Contas, mas sim pela Câmara Municipal. Cita como precedentes do STF as ADIs 3715 MC/TO, 1779/PE e 849/MT.

Desse modo, o citado Prefeito, inconformado com a decisão do Tribunal de Contas, ajuíza reclamação no STF, sob a alegação de que o entendimento do Supremo foi desrespeitado pelo Tribunal de Contas.

Tal reclamação não seria julgada procedente, a despeito do entendimento perfilhado pelo STF quando do julgamento das ADIs 3715 MC/TO, 1779/PE e 849/MT, no sentido de que: a) as contas dos chefes do Poder Executivo são julgadas pelo Poder Legislativo (no caso dos Governadores, pelas Assembleias e se for Prefeito, pelas Câmaras Municipais); e b) no caso das contas dos chefes do Poder Executivo, o Tribunal de

Contas apenas emite um parecer prévio, que poderá ser acolhido ou não pelo Poder Legislativo.

No entanto, o dispositivo da decisão do STF foi a declaração de inconstitucionalidade de normas das Constituições do Estado de Tocantins (ADI 3715), de Pernambuco (ADI 1779) e de Mato Grosso (ADI 849), sendo que o tribunal mencionou essas conclusões acima expostas apenas na fundamentação do julgado.

Assim, porque não há vinculação da *ratio decidendi* para fins de manejo da reclamação constitucional, apenas o dispositivo das ADIs 3715 MC/TO, 1779/PE e 849/MT possuem eficácia vinculante e *erga omnes*.

Além de no direito brasileiro não haver uma vinculação aos motivos determinantes, há uma grande dificuldade na *common law* em se estabelecer um consenso acerca do que se constitui a *ratio decidendi* – conforme visto anteriormente –, e ainda que se considere a indeterminabilidade do conceito naquele sistema, certo é que não seria possível equiparar a *ratio* de um caso a uma tese generalizante, enunciada pelo Tribunal previamente com esse fim, como é o caso de formação do precedente brasileiro. Assim é, que, há uma clara e importante distinção entre o *stare decisis* da *common law* e o precedente brasileiro (STRECK *et. al.*, 2019).

Dito de outro modo, por exemplo, uma tese exarada em sede de repercussão geral pelo STF, que seja um tema da tabela de repercussão, não necessariamente representa a *ratio decidendi* da decisão.

Outro ponto de diferenciação em evidência é a inexistência de vinculação da mesma Corte ao precedente anteriormente formado. No direito brasileiro não há o *stare decisis* horizontal, a despeito de haver

a necessidade de respeito à autoridade das decisões judiciais e daquilo que poderia se assemelhar ao *stare decisis* em sentido horizontal, como a coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional (art. 103, § 2º, da Constituição Federal).

A junção das duas características, ausência de vinculação dos motivos determinantes e do *stare decisis*, tem feito com que o valor de um precedente no Brasil fique restrito ao resultado da demanda, sendo que a argumentação que embasa o julgamento teria seu valor próximo a nulo, de modo a permitir incongruências na formação da jurisprudência do STF, o que não proporciona a segurança jurídica imprescindível ao bom funcionamento do direito em determinada sociedade.

Citam-se dois exemplos. Um primeiro, a partir do confronto entre as razões de decidir dos julgamentos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026 (BRASIL, 2006) e no Recurso Extraordinário nº 595.332.

No julgamento da ADIn nº 3.026, o STF decidiu que a OAB não está obrigada a contratar seus empregados mediante a realização de concurso público, por não se tratar de entidade integrante da Administração Pública Indireta, não sendo autarquia, e sim serviço público independente de natureza *sui generis*.

A partir dessa decisão, alguns juízes e doutrinadores passaram a sustentar que, por coerência, as causas da OAB não poderiam mais ser julgadas na Justiça Federal, já que, não se tratando de órgão da União, tampouco sendo a OAB uma Autarquia, não se poderia falar em incidência do art. 109 da Constituição Federal.

Todavia, surpreendentemente, em 2016 o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 595.332, com repercussão geral reconhecida,

assentando a tese de que compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual (tema 258), sob o fundamento de que a OAB seria uma autarquia corporativa.

Do quanto visto, há uma contradição entre os fundamentos da ADIn nº 3.026 e do Recurso Extraordinário nº 595.332. Ora se afirma que a OAB não é autarquia, mas serviço público independente de natureza *sui generis*, ora se assenta a premissa de que a Ordem possui natureza de autarquia corporativa. Vê-se, portanto, que a *ratio decidendi* anteriormente firmada pelo STF não foi respeitada. Com isso, o valor do precedente no Brasil passa a ter dimensão totalmente diferente, de modo que bastaria a observância da tese jurídica abstratamente adotada, independentemente dos fundamentos utilizados para a conclusão.

Todavia, essa falta de congruência gera insegurança jurídica e incoerências sistêmicas, como, por exemplo, a não adoção da execução fiscal, por parte da OAB, como mecanismo de cobrança das anuidades inadimplidas.

O segundo exemplo parte do confronto entre os julgados proferidos pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-4 (BRASIL, 2007), mediante a qual se julgou a inconstitucionalidade do art. 453, § 2º, da CLT, e o recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 655.283, que gerou o tema 606 da tabela de repercussão geral.

Da leitura do acórdão proferido no julgamento da ADI susomencionada, constata-se que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 2º inserido no art. 453 da CLT sob o fundamento de que a concessão da aposentadoria voluntária não teria o condão de extinguir o vínculo de emprego de trabalhador de forma

automática e instantânea, já que, em síntese: 1) a Constituição não teria autorizado a criação de modalidade de rompimento automático do vínculo; 2) os arts. 7º, I, e 8º, V, da Constituição Federal e 10 do ADCT apontariam para o princípio da continuidade da relação de emprego; 3) a concessão do benefício de aposentadoria não seria custeada pelo empregador; e 4) a aposentadoria espontânea revelar-se-ia como o exercício regular de um direito benéfico, que não poderia prejudicar o trabalhador.

Partindo-se dessa argumentação fático-jurídica, era de se esperar que o mesmo Tribunal que declarou a inconstitucionalidade do art. 453, § 2º, da CLT também o fizesse com relação à introdução do § 14 no art. 37 da Constituição Federal pela emenda constitucional nº 103/19, já que a aposentação espontânea não seria causa de rompimento do vínculo de emprego, tendo em vista a vedação constitucional de dispensa arbitrária, contida no art. 7º, I, da Constituição Federal.

Contudo, a tese de nº 606 da tabela de repercussão geral do STF foi exarada no sentido de que a concessão de aposentadoria aos empregados públicos inviabilizaria a permanência no emprego, nos termos do art. 37, § 14, da CF, salvo para aposentadorias concedidas antes da entrada em vigor da EC nº 103/19, na forma do seu artigo 6º. Vê-se, pois, que a *ratio decidendi* do julgamento anteriormente realizado não foi observada.

A despeito do trato dado à *ratio decidendi* no Brasil, cabe a observação acerca da necessidade de manutenção da jurisprudência íntegra, uniforme e estável pelos Tribunais, regra a que se submete o STF, nos termos do art. 926 do CPC, de modo a reforçar a imprescindibilidade de observância horizontal dos precedentes firmados. Veja-se:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e

mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (BRASIL 2015).

Destaque-se que, pelo comando do parágrafo segundo, os tribunais criadores dos enunciados de súmulas devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, de modo que o tribunal, além de ter a obrigatoriedade de uniformização de sua jurisprudência dominante na forma de súmulas, deve aplicá-las sem olvidar-se das circunstâncias fáticas geradoras das orientações jurisprudenciais sumuladas.

Do quanto exposto, verifica-se que as palavras importadas da tradição *common law*, apesar de buscarem inspiração no direito anglo-saxônico, ingressam no vocabulário do jurista brasileiro com significados diferentes, considerando todo o contexto de desenvolvimento do sistema de precedentes no Brasil. Não seria um erro afirmar que o valor do precedente no Brasil está ligado ao resultado do julgamento, pelo arranjo de palavras na forma de uma tese jurídica abstrata, bem como que a *ratio decidendi* de uma decisão não possui valor a ponto de determinar o que seria vinculante em uma decisão dada no âmbito do sistema de precedentes.

Considerações finais

O contato brasileiro com ambos os

modelos clássicos de tradição jurídica, em razão da adoção do controle difuso e abstrato de constitucionalidade no país, fomentou o projeto de lei iniciado em 2009 e que culminou em uma das grandes modificações do sistema processual – se não a maior – que foi a criação da obrigatoriedade do respeito à figura dos precedentes judiciais, introduzido no CPC/15 (QUEIROZ, 2016).

As modificações na legislação brasileira foram impulsionadas pela massiva judicialização de litígios homogêneos, com sobrecarga do Poder Judiciário, levando à morosidade na entrega da prestação jurisdicional e, em destaque, efeito ainda mais deletério: a ausência de uniformidade das decisões.

O caráter meramente persuasivo da jurisprudência trouxe essa falta de uniformidade, possibilitando aos juízes, mesmo aqueles órgãos singulares, que profiram decisões reiteradamente contrárias aos posicionamentos externados pelos tribunais superiores. A maleficência de tal proceder vilipendia o princípio da isonomia e produz o que se costuma mencionar



como jurisprudência de loteria, sem que haja previsibilidade do resultado de uma demanda.

Nesse contexto, a função primordial do sistema de precedentes adotado no Brasil é possibilitar que os litigantes e todos os juristas envolvidos no caso possuam parâmetros claros e bem definidos acerca do êxito da demanda, o que pode ser extraído de anos de experiências vividas na tradição anglo-saxônica, que tem muito a contribuir para o desenvolvimento do sistema brasileiro.

Referências

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge-LA, v. 65, n. 2, Winter 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss2/6>. Acesso em 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Rcl 37871 AgR, Relatora: Rosa Weber. **Jurisprudência**. Julgado em 15 abr. 2020, publicado em 13 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 3.026-DF, Relator: Eros Grau, Data de Julgamento: 08 jun. 2006. **Diário de Justiça**. 29 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal

(Tribunal Pleno). ADI nº 1.721-DF, Relator: Carlos Britto. **Jurisprudência**. Data de Julgamento: 11 out. 2006, publicação: 29 jun. 2007.

BUSSI, Simone Loncarovich. Sistema *common law* e *civil law*: aproximação e segurança jurídica. In: Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, Ribeirão Preto, São Paulo. **Anais** [...] Ribeirão Preto, São Paulo. n. 7, p. 1476-1498, out/2019.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo: SP, v. 249, p. 445, nov. 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LOPES, Márcio. O STF não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes. **Dizer o Direito**, 2 dez. 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/12/o-stf-nao-admite-teoria-da.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 2011. Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

QUEIROZ, Joaquim Araújo de Barros. **Os precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais**. 2016. Dissertação de Mestrado (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**. v. 272/2017, p. 375-396, out. 2017.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

STRECK. Lenio Luiz. RAATZ, Igor. MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica**, Curitiba-PR, v. 1, n. 54, p. 317-341, 2019.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.