

SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO EM TRÊS ATOS: SISTEMAS DE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*, FORMAÇÃO DO MODELO ATUAL, GRAUS DE VINCULATIVIDADE E CONCEITOS IMPRESCINDÍVEIS

THE BRAZILIAN PRECEDENT SYSTEM IN THREE ACTS: COMMON LAW AND CIVIL LAW SYSTEMS, FORMATION OF THE CURRENT MODEL, DEGREES OF BINDINGNESS

Ingrid Chipitelli Fernandes¹

Jéssica Lima Brasil Carmo²

RESUMO: O sistema de precedentes brasileiro na atualidade decorre de um processo histórico com influência portuguesa, americana e de outros países – aliado à formação própria de institutos brasileiros em si. Para a compreensão das diversas correntes sobre a força dos precedentes, é necessária a abordagem sobre esses fatores: história e impacto de outros modelos processuais.

PALAVRAS-CHAVE: *Common Law. Civil Law. Precedentes. Grau de Vinculação.*

ABSTRACT: *The Brazilian precedent system today stems from a historical process with Portuguese, American, and other countries' influence – coupled with the formation of Brazilian institutes themselves. To understand the various currents on the strength of precedents, it is necessary to address these factors: history and the impact of other procedural models.*

KEYWORDS: *Common Law. Civil Law. Precedents. Degree of Bindingness.*

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Os sistemas de *common law* e *civil law* e os impactos na formação das teorias dos precedentes; 3 – Histórico dos precedentes: dos primeiros institutos ao sistema atual no Brasil; 4 – Os graus de vinculatividade e oposição ao sistema de precedentes; 5 – Conclusão; 6 – Referências bibliográficas.

1 Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (Ceped/UERJ); graduada em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie-Rio; advogada; Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8010454476328367>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3516-4115>. E-mail: ingridchipitelli@yahoo.com.br.

2 Doutoranda em Direito Processual (PPGD/UERJ); mestre em Direito do Trabalho e Previdenciário (PPGD/UERJ); pós-graduada em Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil (UVA); graduada em Direito pela UERJ; integrante do grupo de pesquisa Capitalismo, Trabalho e Direitos Fundamentais (UERJ); advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8329504794419287>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1816-6693>. E-mail: adv.jessica.brasil@gmail.com.

1 – Introdução

Em uma sociedade marcada pela alta litigiosidade e pela grande quantidade de demandas judiciais, a homogeneidade na interpretação e na aplicação das leis que compõe o ordenamento jurídico é um objetivo desejável a ser perquirido na exata medida em que é, também, desafiador.

Inicialmente, cabe apontar que a ciência da hermenêutica tem por escopo interpretar, compreender e revelar, com acerto, textos ou mensagens que se apresentam. Especificamente, no âmbito jurídico, a hermenêutica jurídica é um ramo do Direito, que forma a Teoria Geral do Direito, que visa construir bases racionais, a partir de métodos interpretativos, para a correta compreensão das normas jurídicas.

A função de interpretar cabe aos operadores do direito, sejam advogados, juízes ou doutrinadores, sendo a todos possível, a partir do estudo da ciência jurídica, extrair o real sentido das normas. No entanto, é provável e esperado que as interpretações não sejam unânimes, causando, assim, uma heterogeneidade interpretativa.

Com o passar do tempo, nem mesmo as separações conceituais entre os sistemas jurídicos clássicos escaparam da incerteza e da ausência de parâmetros claros de identificação. Trata-se da tradição em que o Direito aparece organizado em sistema e operando nas estruturas sociais e políticas (*civil law*) e a da tradição do *common law* como meio de controle da aplicação do direito preexistente por autoridades constituídas, a partir das decisões tomadas pelos tribunais.

2 – Os sistemas de *common law* e *civil law* e os impactos na formação das teorias dos precedentes

No que concerne ao *civil law* e ao *common law*, é importante destacar que, mesmo havendo aproximação entre ambos os modelos, trata-se de sistemas jurídicos profundamente distintos, sendo duas maneiras diferentes de aplicar o direito em sociedade, originadas de circunstâncias político-culturais diferenciadas.

O *civil law*, também conhecido como sistema Romano-Germânico, é um sistema jurídico em que sua principal fonte do direito é o texto normativo escrito, isto é, as leis. Diferentemente do *common law*, no qual a principal fonte são os precedentes judiciais, que tratam de regras vinculativas estabelecidas por um caso legal semelhante decidido anteriormente.

A origem do *civil law* deu-se na influência do direito romano nos países pertencentes a Europa Continental e colônias, uma vez que os Romanos passa-

ram a compilar suas leis em códigos, adotando a tendência do texto escrito. Tal movimento “codificador” se fortaleceu pela Europa com os passar dos anos o que, posteriormente, veio a influenciar diversos países, principalmente países de origem latina, como o Brasil em que o *civil law* foi instaurado por meio da colonização portuguesa.

O *commom law* tem sua origem no direito inglês, que não sofreu influência direta do direito romano, o que deu mais independência aos ingleses ao se desenvolverem culturalmente, ocasionando um processo gradativo de desenvolvimento histórico, acarretando no direito consuetudinário.

Cada sistema jurídico possui um mecanismo de estabilização das relações jurídicas mediante a uniformização de entendimentos, garantindo-se, assim, a segurança jurídica e o tratamento equânime para os jurisdicionados.

No sistema da *common law*, este mecanismo é o precedente, que, em linhas gerais, é uma decisão da corte que engloba as circunstâncias fáticas do caso concreto *sub judice* e serve de parâmetro para o julgamento de casos futuros que possuam semelhantes circunstâncias fáticas.

O precedente garante a estabilidade das relações jurídicas, pois oferece uma regra a ser observada em função da identidade das circunstâncias fáticas e jurídicas de casos análogos. Assim, para que a Corte decida de forma diversa, deverá identificar a distinção entre o caso *sub judice* e o caso concreto que originou determinado precedente – instituto hoje conhecido como *distinguishing* – ou fundamentar a revogação daquele precedente – instituto denominado *overruling*.

No sistema da *civil law*, apesar de existirem os conceitos de jurisprudência, que é a reiterada aplicação de uma mesma decisão ou entendimento, e súmula, que é o verbete criado a partir de entendimentos consolidados na jurisprudência ou em razão do amplo reflexo de determinada matéria, não havia obrigatoriedade de sua observância. Foi no contexto de constitucionalização do direito que se criou, no Brasil, a súmula vinculante, com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

A partir de então, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderia aprovar súmula que, a partir de sua publicação, teria efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como se vê, o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de adotar o sistema da *civil law*, possui uma grande influência dos ditames da *common law*, pois vem se aprimorando, em busca da uniformização da jurisprudência e do fortalecimento das decisões judiciais, prestigiando os primados da segurança jurídica e isonomia. Mesmo assim, ainda se verifica muitos problemas quanto

à estabilidade das decisões e, conseqüentemente, quanto à segurança jurídica no Brasil.

Segundo Araken de Assis³, a desarmonia nas decisões repousa no modo pelo qual, nos ordenamentos filiados à *civil law*, o poder judicante encara sua missão, partindo de sua independência jurídica em dois sentidos complementares: primeiro, no âmbito do processo, compete-lhe selecionar a norma porventura aplicável ao litígio e, em segundo lugar, fora do processo, apesar do vínculo administrativo e hierárquico que relaciona o magistrado ao respectivo tribunal e tribunais superiores, a ninguém cabe ministrar-lhe instruções e sugestões no modo de julgar a causa, aplicando o direito subjetivo.

Ainda segundo o referido autor, em razão dessa autonomia do magistrado, essencial ao Estado Constitucional Democrático, a jurisprudência dominante como fator de produção de sentido da norma é mais que uma recomendação e menos que uma ordem.

Acrescenta-se a esse fenômeno, a título de exemplo, a adoção pelo Código Civil de 2002 a adoção do sistema de cláusulas gerais, em sintonia com a linha filosófica adotada por Miguel Reale⁴, o qual exigirá do magistrado o exame profundo nos fatos que margeiam a situação para então, de acordo com os seus valores e os da sociedade, aplicar a norma de acordo com seus limites, procurando interpretar sistematicamente a legislação privada.

Assim, essa liberdade na formação da convicção, quer na condução do processo, quer na formulação da regra jurídica, concreta e ulterior realização prática, constitui a fonte do problema inicialmente identificado: a heterogeneidade das decisões em casos substancialmente idênticos.

Com o passar do tempo, os sistemas, como o brasileiro, a partir de trocas dialógicas e influenciados pela busca de coerência e integridade à ordem jurídica instituída, passaram a incorporar elementos retirados de realidades históricas e estruturais diversas, tornando difícil a identificação de um sistema ou tradição “puros”. As trocas de informações seriam, inclusive, o mote e a necessidade de um *virtual law* calcado na simbiose e na busca de resultados que minorassem a imprecisão e a incerteza dos efeitos das decisões proferidas nesse contexto.

O Direito do Trabalho não escapa desse contexto. Segundo Roberta Ferme Sivolella⁵, em seu viés material, as relações de trabalho viram, por meio

3 DE ASSIS, Araken. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade (From “Assentos” to the *Precedents and its Unconstitutionality*). *Revista de Direito Processual Civil*, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p. 9.

4 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Método, 2022. p. 51.

5 SIVOLELLA, Roberta Ferme. *As premissas fáticas e o precedente trabalhista: da razão eclética do virtual law, a concretude objetiva segundo a teoria do fato constitucional*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. p. 14.

da Revolução Industrial, a necessidade de investimento financeiro focado no desenvolvimento tecnológico como uma justificativa válida à pretensão de baixo custo da mão de obra e a maximização de sua exploração. A perseguição de um lucro de maneira exacerbada culminou em intensa crise social, estimulando a origem de movimentos revolucionários e criando sistema focado na regulamentação de direito dos trabalhadores, tendo como efeitos “a fragmentação” e a “coisificação”⁶ das relações sociais.

Ainda segundo a autora, não por acaso, os eventos daquela época são, até hoje, comumente lembrados em decisões proferidas na seara trabalhista, ao mesmo tempo em que, tal como também aconteceu naquele momento histórico, busca-se em conceitos objetivos e calcados em caracteres econômicos, balancear uma difícil equação verificada entre a crise dos direitos fundamentais, de um lado, e a necessidade de se disponibilizarem meios ao desenvolvimento econômico e à manutenção dos postos de trabalho por outro.

Equação essa que deverá, como sabido, ser resolvida pelos magistrados e tribunais trabalhistas, o que pode levar, a depender de cada interpretação, a intensa instabilidade jurídica e social.

Sendo assim, faz-se imperioso perquirir as origens do sistema de precedentes a fim de que se possa analisar suas repercussões no ordenamento trabalhista brasileiro.

3 – Histórico dos precedentes: dos primeiros institutos ao sistema atual no Brasil

A relação entre Portugal e Brasil foi marcada pela natureza essencialmente dominadora e comercial do primeiro sobre o segundo – além dos objetivos meramente extrativistas. A Coroa Portuguesa providenciou a criação e o funcionamento de órgãos de sua burocracia fiscal, alfandegária e de justiça para que fosse possível aprimorar o controle social, financeiro e comercial da sua exploração⁷.

Sendo essa a finalidade portuguesa, não havia nenhuma preocupação em construir e desenvolver um ordenamento jurídico particular e típico para a cultura e modo de viver brasileiros, fato que afastava as experiências entre esses dois países. Em Portugal, as leis gerais régias se tornaram um instrumento

6 LUKÁCS, Georg. *Estética I: la peculiaridad de lo estético*. Barcelona: Grijalbo, 1982. v. 2. *Apud* SIVOLELLA, *op. cit.*, p. 15.

7 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial, o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 41 e ss. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. p. 49.

para governar tanto a metrópole quanto as possessões de outros territórios, como suas colônias.

Em decorrência desse contexto, duas correntes se formaram quanto à existência de um autêntico Direito Colonial brasileiro. Para aqueles que defendiam sua inexistência, o fato das questões sociais e jurídicas se pautarem unicamente pelo Direito português impossibilitava a alegação de uma autonomia do Direito vigente. Já os defensores⁸ da presença de um típico Direito Colonial brasileiro assim o faziam por levar em consideração a capacidade das comunidades locais de preencher os espaços na legislação que fossem indeterminados na estrutura do Direito português ordinário.

É possível observar, portanto, que a ordem jurídica contou com um componente prático construído consuetudinária e jurisprudencialmente pelo autopreenchimento das lacunas que a distância e diferenças com a metrópole criaram.

Na segunda metade do século XVI, quando o projeto de colonização do Brasil se fortaleceu, a prática jurídica portuguesa era marcada e reconhecida pela falta de segurança⁹, pela incerteza dos julgamentos e pela confusão dos padrões de decisão nos tribunais. Apesar das Ordenações Afonsinas terem propiciado uma maior segurança jurídica, que tornaram o Direito comum subsidiário, a instabilidade vigente à época só foi superada com o trabalho dos praxistas e decisionistas.

No Direito português, diversos institutos demonstravam o respeito aos precedentes judiciais. O “aresto” era a decisão judicial que se qualificava como precedente para casos posteriormente tratados. Os assentos, de competência somente da Casa da Suplicação, são decisões colegiadas a respeito da interpretação autêntica de um texto legal por um tribunal, sendo úteis para a uniformização da interpretação constante nos precedentes divergentes nos tribunais inferiores.

Com relação aos efeitos vinculantes dos precedentes, a concepção da aplicação aos casos semelhantes carecia da teorização da distinção entre a eficácia da coisa julgada e a eficácia do precedente judicial. Contudo, havia uma previsão nas Ordenações de que a decisão pelo Rei em decisão de integração de lacunas teria efeito vinculante, a qual seria associada eficácia em face de todos os casos semelhantes.

A consolidação do sistema de precedentes judiciais no país também encontrou dificuldades à época em virtude do segredo das atividades jurisdic-

8 HESPANHA, Antônio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, v. 35, t. I, p. 59-81, 2006. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 51.

9 *Idem*, p. 54.

cionais, que se manifestava tanto na não obrigatoriedade ou simples proibição da motivação das sentenças judiciais quanto na ausência da publicação de seu resultado em um repertório oficial¹⁰.

Havia a possibilidade de tomar ciência do teor dos julgamentos da Casa da Suplicação por meio de relatos de como algumas controvérsias eram dirimidas, o que ocorria com a análise dos temas selecionadas nas mencionadas obras dos decisionistas.

A resolução proposta pelos decisionistas seguia o entendimento adotado pela Corte, não se limitando, contudo, a repetir a tese jurídica, mas também acrescentando novas opiniões doutrinárias a fim de facilitar o entendimento, o conhecimento pelos particulares, bem como, tornar os debates sobre as decisões mais nutridos de informação. Sendo assim, os precedentes nessas obras serviam de ponto de partida para debates e, também, de forma persuasiva de forma a influenciar o convencimento dos leitores.

Esse compilado não estava vinculado a precedentes uma vez que seu conteúdo, extraído de situações concretas, nem sempre se referiam a eles; mas, quando fazia referência, era necessariamente decisões da Casa da Suplicação.

Essas obras se diferenciam daquelas produzidas pelos chamados praxistas já que esses últimos buscavam documentar os temas mais comumente debatidos nos julgamentos, não se limitando aos entendimentos de um tribunal, reunindo até mesmo decisões de juízes de primeira instância. Sendo assim, percebe-se que os precedentes eram protagonistas em sua composição em contraposição às *decisiones* que podem ser consideradas como um instrumento para o debate de temas relevantes trazidos ao tribunal.

Ainda é possível perceber a relevância dos precedentes judiciais no período colonial pelo instituto do *stylus curiae* que correspondia a certo entendimento jurídico decorrente da prática reiterada dos tribunais, ou ainda, o modo de praticar o que as leis mandam. Para que houvesse o estilo da corte¹¹, exigia-se, além dos contornos dogmáticos do costume, o decurso de prazo, reiteração de condutas para sua configuração, que não houvesse violação à lei, que fosse observado durante dez anos e que tivesse sido introduzido por, ao menos, dois ou três atos judiciários de tribunal superior.

Em 1808, quando a Corte portuguesa se estabeleceu no Brasil, o envio dos recursos, na época agravos ordinários e apelações, para a instância superior em Portugal já não mais fazia sentido. Isso porque a realeza se encontrava no

10 SOUZA, *op. cit.*, p. 64.

11 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 136-137. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 72.

Brasil, motivo pelo qual, poucos anos após, houvesse a instalação de uma Casa da Suplicação do Brasil, semelhante à de Portugal.

Mesmo com o retorno da Corte, a Casa da Suplicação brasileira continuou em funcionamento, ainda com a Independência em 1822, sendo inclusive esse o marco da separação do Direito brasileiro do português, não implicando, porém, a imediata cessação da vigência do Direito português.

Importante destacar que, agora no Brasil Império, a existência de órgãos que disciplinassem a vida sob a monarquia era objeto de considerável preocupação. No entanto, os debates se restringiram a sugerir modificações na instrução processual e a eleição de juizes de primeira instância, propostas essas foram acolhidas pela Constituição de 1824.

Nessa Constituição, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça e suas atribuições, sendo a principal o julgamento das Revistas nas causas. Além disso, houve o aproveitamento de juizes letrados mais antigos como Ministros do Supremo Tribunal. No que se refere às atividades dos tribunais, foram reduzidos suas competências e seus poderes no que tange ao conhecimento de questões e matérias de direito e, conseqüentemente, sua manifestação quanto a essas.

A teoria política constitucional do século XIX visou separar juizes e tribunais de questões partidárias, rompendo com a tradição do período colonial. Além disso, os magistrados não poderiam julgar lides coletivas, mas apenas entre particulares ou entre esses e o Estado¹². Sendo possível afirmar que, dessa maneira, o Poder Judiciário foi idealizado para tratar da jurisdição comum, de natureza eminentemente privada, uma vez que o chamado Conselho de Estado se ocuparia de negócios graves e da administração pública.

O primado do Direito legislado no século XIX tem origem no elemento representativo eleitoral e do controle constitucional do poder de legislar que deram legitimidade política às leis e distanciaram a influência das antigas fontes do Direito. A influência do princípio da separação dos poderes teve forte impacto na forma de decidir dos juizes, passando a ter de prolatar acórdãos objetivos e sintéticos. O Supremo Tribunal de Justiça, nesse contexto, deveria julgar conforme a lei escrita, afastando-se da doutrina.

Ainda no que tange o Poder Judiciário brasileiro, sua competência era aplicar a lei ao caso concreto e, ao examinar outras decisões, era possível identificar qual, entre várias, era a interpretação preferível e mais coerente, porém sempre com referência indireta à lei quando de sua utilização, não se considerando, portanto, uma fonte do Direito propriamente dita.

12 SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26-27, 49. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 72.

Por fim, no que concerne à publicidade desses julgados, ainda que não fossem sigilosos, não se criaram repositórios oficiais nem mesmo periódicos jurídicos com a função de publicar exclusivamente decisões judiciais, embora existissem aqueles que as publicavam em meio a outros tipos de conteúdo.

A doutrina do império questionava-se sobre a viabilidade de, no futuro, as decisões do Supremo Tribunal de Justiça tornarem-se de observância obrigatória. O marquês de São Vicente, político e jurista, em suas obras sobre a Constituição do Império enfrenta essa questão, entendendo pela impossibilidade.

O autor constrói seu argumento por meio de dois fundamentos. O primeiro considera que os Ministros poderiam decidir erroneamente e tornar inviável que se discuta outras vezes, desconsiderando a possibilidade de superação de entendimento por meio do *overruling*. De toda maneira, o precedente, deveria merecer consideração pela comunidade jurídica.

Já a razão para que não houvesse efeito vinculativo aos precedentes diz respeito à impossibilidade de um julgado vincular outro já que trataria cada qual de casos particulares e ao aplicar o mesmo entendimento proferido em uma causa a outras estariam, por fim, criando direitos e obrigações, o que competiria apenas ao Poder Legislativo¹³.

Esses argumentos, como se percebe, se aproximam daqueles que resistiram à concessão da atribuição para tomar assentos interpretativos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Por outro lado, as obras de Direito Civil da época entendiam de outra maneira. Em suas obras Lourenço Trigo de Oliveira, por exemplo, indicava que os arestos seriam fontes subsidiárias do Direito Civil brasileiro tal como o eram os assentos da Casa de Suplicação, os costumes, o Direito Romano e a opinião dos jurisconsultos¹⁴.

O Recurso de Revista, de competência para julgamento do Supremo Tribunal de Justiça, tinha cabimento nos casos em que houvesse nulidade manifesta ou injustiça notória, configurando-se um instrumento insuficiente para a estruturação de jurisprudência já que se limitava a cassar o acórdão impugnado.

O governo, diante de tal insuficiência, determinou que o Supremo Tribunal de Justiça comunicasse os motivos que fundamentaram as decisões para conceder as Revistas como forma de se munir de informações para posteriormente propor à Assembleia Geral sugestões para sanar tais vícios e, dessa forma, preencher as lacunas da legislação.

13 BUENO, José Antônio Pimenta. Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 378. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 98.

14 LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Instituições de direito civil brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871. t. I. *Apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 99.

Evidentemente, essa determinação não foi suficiente, o que gerou inquietações por parte do governo, entendido como sendo fosse um empecilho ao desenvolvimento do país. Cabe mencionar que, nesse contexto, tornou-se de praxe que juízes e tribunais consultassem o governo, na figura do Ministério da Justiça, caso houvesse alguma incerteza.

O insucesso dessas consultas, e, portanto, da formação de jurisprudência, pode ser analisado a partir de dois fatores: a concepção de magistrados de que o Poder Judiciário não era independente em relação ao governo, mas sim funcionava com um órgão integrante do Poder Executivo e, como consequência, se viam como servidores que deveriam acatar orientações superiores. A esse comportamento tanto o governo quanto o Conselho de Estado manifestaram sua contrariedade, ressaltando o princípio da separação dos poderes e a competência do Poder Judiciário de interpretar a lei diante de casos concretos que fossem levados ao seu conhecimento.

De forma a frear inúmeras consultas formuladas por juízes que tentavam se esquivar do seu dever constitucional, foi expedida a Circular de 7 de fevereiro de 1856 que estabeleceu que os magistrados não poderiam deixar de decidir os casos postos para submetê-los como dúvidas à decisão do governo.

Dessa maneira, os Presidentes das Províncias estavam impedidos de encaminhar tais consultas ao ministro da Justiça. A função interpretativa exercida pelo Governo, como previsto, seria provisória até que a Assembleia Geral concedesse competência para tanto ao Poder Judiciário. A relevância do retorno dos assentos tem início na possibilidade de formar um arcabouço de jurisprudências providas da mais alta corte do país e, assim, resolvendo a existência de várias interpretações.

A estrutura desses assentos pode assim ser descrita: em primeiro lugar, indicam o texto legal que será interpretado, seguido por um resumo da tese jurídica, posteriormente os argumentos são expostos e, por fim, a interpretação construída pelo Tribunal de Comércio e o resultado da votação.

Finalmente em 1875, o Decreto Legislativo nº 2.684 previu a competência do Supremo Tribunal de Justiça para tomar assentos para interpretar a inteligência das leis em matéria civil, comercial e criminal quando houvesse dúvidas quanto à aplicação em decorrência de julgamentos divergentes no âmbito interno de um mesmo órgão julgador.

No ano posterior, o Decreto nº 6.142 previu um procedimento por meio do qual ministros do Supremo Tribunal de Justiça, juízes singulares ou a Ordem dos Advogados poderiam sugerir minutas de assentos, devendo ser instruídas por um relatório dos entendimentos dissidentes.

Ao decorrer do período imperial, pode se considerar que se consolidou no sistema jurídico um padrão de observância e respeito aos precedentes judiciais, mesmo que não tivesse sido conferida a eles a eficácia normativa e vinculativa.

Dessa forma, os precedentes continuaram a ser usados como um guia na interpretação em casos concretos em que alguma controvérsia se apresentava, embora a existência de uma uniformidade de julgamentos demandasse do intérprete uma forte argumentação caso entendesse de forma contrária ao entendimento consolidado. Sendo verdade que, ao apontar uma jurisprudência, passava-se à análise se a tese incidiria ou não ao caso em voga. Com isso, o direito durante o período imperial sedimentou o reconhecimento da jurisprudência como forma de mostrar respeito aos precedentes da Corte Superior.

No que concerne ao Direito Republicano, ainda que o ordenamento jurídico tenha conservado a tradição jurídica romano-germânica introduzida na colonização, não é possível afastar a influência do Direito dos Estados Unidos da América no país no período republicano. O federalismo, controle de constitucionalidade difuso das leis, a concepção de direitos individuais e a previsão do *impeachment* são apenas alguns exemplos dos reflexos do influxo norte-americano.

À época, havia uma grande discussão sobre o caráter vinculativo dos precedentes, as opiniões de São Vicente e de Joaquim Ribas expressam uma visão geral de que os juízes, de fato, não eram obrigados a seguir precedentes judiciais, tese que foi defendida no início da República.

Inclusive, cabe mencionar que a eficácia vinculante era entendida como uma atividade legislativa à qual não estariam os tribunais autorizados a exercer e, para além disso, defendia-se que, caso os juízes fossem obrigados a seguir os precedentes judiciais, as suas liberdades interpretativas seriam violadas, o que é incompatível com um regime constitucional.

No que tange à publicação, enquanto no período do Império não se afiguraram condições para que fossem sistematizados, na República, o Supremo Tribunal Federal organizou a publicação oficial de seus julgados, transcrevendo integralmente os seus acórdãos.

Essas publicações eram compostas pela transcrição do acórdão e de sua veiculação em publicações oficiais dos órgãos; em face da necessidade de promover eventual *distinguish*, os relatórios que contivessem a descrição fática do precedente assumiram posição relevante nessas publicações.

Modificando a sistemática em relação ao período imperial, a Constituição Federal de 1891 menciona de forma direta a aplicação de jurisprudência pelos tribunais ao prever que, ao aplicar leis estaduais, os tribunais federais deveriam consultar a jurisprudência estadual. Regra que foi questionada à época tendo

em vista que, em tese, não existiria situações em que a Justiça Federal teria de aplicar as leis estaduais, ao mesmo tempo em que a Estadual sempre trabalharia com as leis federais já que a competência para legislar sobre Direito criminal, comercial e civil era da União.

Esse dispositivo tem nítido intuito de evitar o aprofundamento da dificuldade, verificada no período imperial, de estabelecer jurisprudência em virtude da intensa divergência dos precedentes dos diversos tribunais. As Constituições Federais que sucederam a de 1891 não reproduziram tal norma e a doutrina passou a entender pelo prevalecimento da jurisprudência federal sob a estadual em razão da qualidade de órgão de cúpula do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo com o desaparecimento dos assentos no Direito republicado, cabe ressaltar que esse instituto reaparece na forma de prejudgados, prejudgados trabalhistas, representação para a interpretação de lei ou ato normativo e da súmula da jurisprudência dos tribunais, visando estabilizar precedentes contraditórios e formar um arcabouço de jurisprudências.

Acrescenta-se a isso, uma nova sistemática recursal inaugurada que desenvolveu mecanismos de formação de jurisprudência como, por exemplo, o recurso extraordinário com fundamento em divergências dos tribunais, o recurso de revista sustentado na existência de julgados divergentes em seu âmbito interno, entre outros.

Cabe mencionar também que, posteriormente, houve a previsão de efeitos processuais, a criação de enunciados vinculantes, a repercussão geral e de recursos repetitivos. Por fim, houve a aprovação de um Código de Processo, que conta com um capítulo inteiro dedicado aos precedentes judiciais no Direito brasileiro.

4 – Os graus de vinculatividade e oposição ao sistema de precedentes

Como já mencionado, não se ignora o esforço histórico promovido no país em prol de um direito jurisprudencial, com orientação da prática judiciária e estabilização de entendimentos majoritários¹⁵, além da implementação de instrumentos pontuais do *common law*, como o *judicial review* e o controle difuso de constitucionalidade. Não obstante, mesmo com a maior proximidade do modelo anglo-saxão de precedentes pelo Código de Processo de 2015, há elementos que impedem a coercibilidade dos precedentes nos termos daquele sistema.

15 NASCHENWENG, Marcelo Elias. *Hermenêutica do precedente: o cuidado da coerência e da integridade*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, posição 2751. E-book.

Portanto, as premissas trazidas pelo Código de Processo Civil em 2015 aproximam mais o modelo brasileiro dessas concepções, mas com adaptações legais e doutrinárias, como os graus de força vinculante dos precedentes, que, ao contrário da dicotomia *binding-persuasive*, se dividem em: vinculantes, obrigatórios e persuasivos. Outra tentativa de compatibilização da sistemática no país é a possibilidade de controle de precedentes vinculantes por meio de ação intitulada de Reclamação, instituto inexistente na lógica anglo-saxônica.

Ainda que o esforço legislativo pela implementação de maior isonomia, segurança jurídica, coerência e uniformização nas decisões fosse uma das pautas do código de processo em vigor, verifica-se que muitos argumentos contrários a sua adoção são disseminados. Dentre estas, estão as bandeiras ligadas à inconstitucionalidade do sistema de precedentes não previstos ou autorizados nas previsões da Carta de 1988, por violação à democracia¹⁶, autonomia e independência dos órgãos jurisdicionais. Em que pese juridicamente tais argumentos sejam fundamentados, considerando tratar-se de questão multifatorial e complexa, Marinoni conclui que

“estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas.”

Além dos argumentos que são lançados, tais concepções acabam de moldar posicionamentos sobre graus de vinculatividade dos precedentes e variadas interpretações sobre (in)constitucionalidade, alcance e formas de adaptação das normas dos arts. 926 e 927 do CPC aos preceitos e princípios constitucionais do processo.

Entre os que consideram a inconstitucionalidade da vinculatividade dos precedentes não previstos e permitidos pela Constituição de 1988, “o art. 927 do CPC cria aos juízes o dever de levar em consideração em suas decisões os pronunciamentos e súmulas indicados nos respectivos incisos, sem o condão de seguimento obrigatório”¹⁷.

Outras variadas correntes se formam no que se refere à amplitude e vinculatividade das decisões judiciais, como base nos incisos do art. 927 do CPC e nas demais previsões normativas do Código, como no art. 988 do CPC – questões que precisam ser mais aprofundadas no decorer da pesquisa proposta.

De toda forma, a falta de uniformidade no tratamento da vinculatividade dos precedentes – que tem por pretensão trazer maior segurança jurídica e isonomia – acaba por ter efeito contrário: atrai-se justamente aquilo que se pretende evitar. Permite-se, portanto, aos órgãos jurisdicionais a adoção do

16 *Idem*, p. 150.

17 NASCHENWENG, *op. cit.*, posição 3238.

posicionamento no sentido que bem lhes couber, trazendo impactos não apenas no respeito aos precedentes de tribunais superiores, como também à uniformização em segundo grau (em tribunais regionais).

Tal constatação ficou evidenciada em pesquisa realizada em 2018, pela Associação Brasileira de Magistrados¹⁸, com juízes de todas as esferas do Poder Judiciário e com a formulação de perguntas tais como: “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes?”. A variação de respostas para o questionário fechado, entre magistrados de diferentes graus de jurisdição e de ramos do Poder Judiciário aponta para a problemática que vai além do aspecto doutrinário que compõem o tema.

5 – Conclusão

Ante o exposto, verifica-se que o sistema atual de precedentes teve forte influência não apenas do *common law* e dos sistemas de *civil law*. Mas também o histórico de formação de institutos tipicamente brasileiros (e da atuação dos tribunais ao longo do tempo) foi imprescindível para a consolidação da sistemática atual no país.

6 – Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos*. A magistratura que queremos. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf Acesso em: 7 out. 2020.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

DE ASSIS, Araken. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade (From “Assentos” to the Precedents and its Unconstitutionality). *Revista de Direito Processual Civil*, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020.

HESPANHA, Antônio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, v. 35, t. I, p. 59-81, 2006. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871. t. I. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito*

18 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos*. A magistratura que queremos. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

processual civil brasileiro: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2019. E-book.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. *Hermenêutica do precedente*: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. E-book.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*: atualizado conforme o CPC 2015 e a reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial, o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. *As premissas fáticas e o precedente trabalhista*: da razão eclética do *virtual law*, a Concretude Objetiva segundo a Teoria do Fato Constitucional. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Método, 2022.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Apud* SOUZA, Marcos Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

Recebido em: 7/11/2022

Aprovado em: 19/12/2022