

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**FACULDADE DE DIREITO**

**HENRIQUE DE DAVID**

**A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES  
OBRIGATÓRIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA**

Porto Alegre

2011

**HENRIQUE DE DAVID**

**A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES  
OBRIGATÓRIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Processual Civil.

Professora Orientadora: Véra Maria Jacob de Fradera

Professor Co-orientador: Danilo Knijnik

Porto Alegre

2011

**HENRIQUE DE DAVID**

**A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES  
OBRIGATÓRIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Processual Civil.

Aprovado pela Banca Examinadora em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Profa. Véra Maria Jacob de Fradera  
(Orientadora)

---

Prof. Sérgio Mattos  
(Membro da Banca Examinadora)

---

Prof. Felipe Lamb  
(Membro da Banca Examinadora)

*O homem é algo que deve ser superado;  
por isso, cumpre-te amar as tuas virtudes:  
pois delas perecerás.*

*Friedrich W. Nietzsche.*

## ABSTRACT

The present study analyses the possible application of the binding precedents' doctrine in the Brazilian legal practice. In the first chapter a study is made concerning the historic evolution of the *common law's* family of law, besides the historic evolution of the Roman-Germanic's family of law. Special emphasis is given to the importance of the judges in the *common law's* family of law, culminating in the Glorious Revolution and consequently the submission of the King to the Parliament. Besides, noteworthy is the binding precedents' doctrine, as well as the importance given to the analysis of the past decisions in the judgment of a case law. Finally, a brief introduction is made to the *stare decisis'* doctrine of the United States of America. On the other hand, concerning the Roman-Germanic's family of law, beyond the analysis of its historic evolution, remarkable is the impact caused by the French Revolution and the consequent distrust regarding the judges, which legacy was the codification and the prohibition of its interpretation by the judges. Moreover, an analysis of the crisis of the Legislative is made, as well as the appearance of the neoconstitutionalism in the Roman-Germanic countries. At the moment it was realized that the legal language is not unambiguous, but it depends on the hermeneutic, outstanding importance started to be given to the judges again. Furthermore, a specific approach of the Brazilian legal scenario is made in the second chapter, when the possible application of the binding precedent's doctrine is questioned. First of all, attention is given to the practice of the Brazilian Supreme Court, especially with regard to the judicial review and the binding restatement of a case law. Finally, an analysis is made about the practice of the Brazilian Superior Court, in respect to its constitutional mission of standardizing the interpretation of the federal law and the technique of solving repetitive appeals. Even though the application of the binding precedent's doctrine would contribute to safeguard the so desired legal certainty, the conclusion is that in Brazil there is no legal culture to its direct application. First, it is necessary to recognize the importance that the judge requires so that the jurisprudence could be accepted, next to the statutes, as a source of law and,

after that, the binding precedent's doctrine can be applied, especially in the practice of the Brazilian superior courts.

**Key words:** family of law, *common law*, roman-germanic, binding precedents, judges, codification.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira. No primeiro capítulo é feito um estudo acerca da evolução histórica da família de *common law*, ao lado da evolução histórica da família romano-germânica. Especial ênfase é atribuída à importância dos juízes na família de *common law*, culminando na Revolução Gloriosa e na consequente submissão do Rei ao Parlamento. Ainda, merece destaque a teoria dos precedentes obrigatórios, bem como a importância atribuída à análise de decisões pretéritas, no quando do julgamento de casos concretos. Finalmente, é feita uma breve introdução à doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos da América. Por outro lado, com relação à família romano-germânica, além da análise de sua evolução histórica, merece destaque o impacto provocado pela Revolução Francesa e a consequente desconfiança com relação aos juízes, cujo legado foi a técnica das codificações e a proibição da interpretação das leis por parte dos magistrados. Ademais, faz-se um breve estudo acerca da crise do legislativo, bem como do surgimento do neoconstitucionalismo nos países de tradição romano-germânica. No momento em que se constatou que a linguagem jurídica não é unívoca, mas depende da hermenêutica, à figura dos juízes se começou a atribuir novamente destacada importância. Após, uma abordagem específica do cenário jurídico brasileiro é feita no segundo capítulo, na qual se questiona a possibilidade de aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios. Em primeiro lugar, os olhares se voltam à prática do Supremo Tribunal Federal, mormente no que diz respeito às técnicas de controle de constitucionalidade das leis e das súmulas vinculantes. Finalmente, faz-se uma análise da prática do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à sua missão constitucional de uniformização da interpretação da lei federal e da técnica de resolução dos “recursos repetitivos”. Ainda que a aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios possa contribuir para a tutela da tão almejada segurança jurídica, conclui-se que o Brasil não possui cultura jurídica para sua aplicação direta. Em primeiro lugar, é mister que se reconheça na figura do juiz a importância necessária para que a jurisprudência passe a figurar, ao lado das leis, como

fonte de direito para que, num segundo momento, a técnica dos precedentes obrigatórios possa ser aplicada, especialmente no tocante à jurisprudência dos tribunais superiores.

**Palavras-chave:** família de direito, *common law*, romano-germânica, precedentes obrigatórios, juízes, codificação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 AS DIFERENÇAS ENTRE A FAMÍLIA DE <i>COMMON LAW</i> E A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA NO REFERENTE AO PAPEL DOS JUÍZES</b> .....	<b>13</b>
<b>1.1 Formação do sistema de precedentes obrigatórios na família de <i>common law</i></b> .....	<b>14</b>
1.1.1 A revolução Gloriosa e a importância dos juízes .....	17
1.1.2 A teoria dos precedentes obrigatórios na Inglaterra.....	19
1.1.3 O <i>stare decisis</i> nos Estados Unidos.....	23
<b>1.2 Formação da família Romano-Germânica</b> .....	<b>26</b>
1.2.1 A revolução francesa e a desconfiança em relação aos juízes .....	29
1.2.2 As codificações .....	33
1.2.3 O neoconstitucionalismo .....	35
<b>2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SISTEMA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL</b> .....	<b>38</b>
<b>2.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>39</b>
2.1.1 Decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade .....	40
2.1.2 Súmulas vinculantes.....	46
<b>2.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça</b> .....	<b>49</b>
2.2.1 A uniformização da interpretação de lei federal .....	50
2.2.2 A técnica dos recursos repetitivos.....	54
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

A idéia central que preside o trabalho em apreço é a análise da possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira. Tal questão merece ser estudada com seriedade, uma vez que a tão almejada busca por coerência e segurança jurídica é, por vezes, relegada a segundo plano na prática do direito brasileiro. Nesse sentido, o presente estudo pretende questionar de que maneira a teoria dos precedentes obrigatórios poderia ajudar a tutelar este bem jurídico tão caro a todas as famílias de direito.

Para cumprir o referido desiderato, fez-se necessário dividir o trabalho em duas grandes partes. Com efeito, o primeiro capítulo diz respeito à evolução históricas de duas importantes famílias de direito, quais sejam a família de *common law* – onde se desenvolveu a teoria dos precedentes obrigatórios – e a romano-germânica – família da qual o Brasil faz parte. Finalmente, o segundo capítulo do trabalho concerne especificamente à prática jurídica brasileira, mormente de seus tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Com relação à evolução histórica das famílias de direito, estudada no primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que a formação e evolução da teoria dos precedentes obrigatórios estão diretamente conectadas ao desenvolvimento cultural e histórico da Inglaterra, país no qual tal doutrina se originou. Por este motivo, como não poderia deixar de ser, faz-se necessária uma breve ilustração a respeito da história do direito inglês e de como os juízes, por meio da prática desenvolvida naquele país, sempre gozaram de elevado prestígio. Não é por acaso que a teoria do *stare decisis* assenta seus pilares mais básicos no estudo de casos práticos – *case law* – prestando-se o devido respeito à evolução do direito baseado nas decisões dos magistrados. Ademais, faz-se uma breve análise a respeito da doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos da América.

Por outro lado, no que diz respeito à evolução histórica da família romano-germânica, importante perceber a influência que o direito romano exerceu ao longo dos séculos, principalmente no que concerne ao tratamento do direito como um modelo de organização social, culminando nas

codificações. Esta técnica que fora utilizada na antiguidade por Justiniano, bem como, na modernidade, por Napoleão e pelos demais países influenciados pela França, pretendia criar um código de leis completo, universal, compreensível a qualquer cidadão, de tal sorte que os juízes pudessem apenas aplicar as leis, sem sequer interpretá-las. De fato, a atuação dos juízes ao longo do Antigo Regime na Europa acabou gerando grande instabilidade e falta de segurança jurídica, motivo pelo qual os idealizadores da Revolução Francesa acabaram desenvolvendo elaborado sistema para subjugar a atuação do juiz ao Poder Legislativo.

Ocorre que a chamada crise do legislativo, bem como o movimento do neoconstitucionalismo, acabou provocando uma reflexão acerca do papel do juiz na prática do direito. Ora, se a linguagem jurídica não é uniforme, mas depende da hermenêutica, é evidente que aos juízes cumpre a tarefa de interpretação das leis, aplicando-as da maneira mais adequada a cada caso concreto. Por este motivo, sempre enxergando no horizonte a busca por coerência e segurança jurídica, importante que se amadureça a idéia da possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil.

Assim, o segundo capítulo aborda de maneira objetiva a prática dos tribunais superiores no Brasil. Em primeiro lugar, faz-se uma análise do Supremo Tribunal Federal e de como a teoria dos precedentes obrigatórios poderia ser útil para aperfeiçoar o controle de constitucionalidade no Brasil. Ainda que no Brasil cada juiz singular tenha o poder de realizar o controle de constitucionalidade, levando-se em consideração que a Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardião da Constituição, não parece razoável que cada juiz inferior a interprete de maneira diferente. Ainda, faz-se uma análise da aplicação das súmulas vinculantes no Brasil e de sua relação com a teoria dos precedentes obrigatórios.

Após, parte-se para o estudo da prática do Superior Tribunal de Justiça e de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Também com relação a este tema a teoria dos precedentes obrigatórios, se bem utilizada, seria de grande valia ao nosso ordenamento jurídico. Finalmente, faz-se uma breve abordagem acerca da técnica de resolução dos “recursos repetitivos” e de como a teoria dos precedentes obrigatórios poderia se harmonizar com a referida temática.

Ao final, chega-se à conclusão de que o Brasil, por toda a sua tradição histórica e cultural, não se encontra preparado para a aplicação pura e simples da teoria dos precedentes obrigatórios. Ainda que a utilização das técnicas desenvolvidas no *common law* fosse desejável para alcançar coerência e segurança jurídica, em primeiro lugar é necessário que tal doutrina seja amadurecida no interior de nosso sistema. Não se mostra razoável simplesmente importar técnicas que alhures se apresentam eficazes. Antes disso, importante que se compreenda o funcionamento do nosso sistema e, após, que a ele se tente adequar de maneira racional a técnica dos precedentes obrigatórios.

## 1. AS DIFERENÇAS E AS SEMELHANÇAS ENTRE A FAMÍLIA DE *COMMON LAW* E A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA NO REFERENTE AO PAPEL DOS JUÍZES

O direito, por ser um produto histórico e cultural<sup>1</sup>, molda-se e adapta-se constantemente no interior de cada Estado do qual faz parte. O resultado disso é a grande variedade de direitos espalhados pelo mundo, cada um apresentando suas particularidades e constituindo, cada qual, seu próprio sistema<sup>2</sup>, ou conjunto de regras; tal fato, no entanto, não impede que os diferentes direitos, ou diferentes sistemas, sejam agrupados dentro de algumas poucas famílias de direito.

A noção de “famílias de direito” é utilizada com a finalidade de valorar as semelhanças e diferenças que os diversos sistemas de direito apresentam entre si. Para este mister, não importam tanto as regras em vigor em cada um dos diferentes sistemas, mas consideram-se principalmente os elementos mais fundamentais que nos permitem descobrir como as regras são formuladas, como são interpretadas e como demonstram o seu valor no interior dos sistemas<sup>3</sup>.

As famílias de direito se constituem de elementos profundamente enraizados e historicamente consolidados sobre a natureza do direito que representam, sobre o papel do direito na sociedade, sobre a organização e operacionalização dos sistemas de direito e sobre a maneira pela qual o direito deve ser feito, aplicado, estudado e pensado. Assim, o fato de diferentes sistemas de direito serem agrupados dentro da mesma família indica que entre

---

<sup>1</sup> “O direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 51. Consultar também DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

<sup>2</sup> “Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.” DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.

<sup>3</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21.

eles há algumas características em comum, que os diferenciam dos sistemas agrupados dentro de outra família<sup>4</sup>.

Isto posto, para cumprir o desiderato estabelecido para este trabalho, qual seja a análise da possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira, cumpre primeiramente tecer alguns comentários a respeito de duas grandes famílias de direito: a *common Law*, donde se originou a teoria dos precedentes, e a romano-germânica, família da qual o Brasil faz parte.

### **1.1 Formação do sistema de precedentes obrigatórios na família de *common Law***

Para bem compreender a formação histórica da família de *common law*, importante analisar conjuntamente a evolução histórica e cultural do direito da Inglaterra, país no qual aquela se originou.

Durante o período compreendido entre o fim do domínio romano e a invasão dos normandos, a Inglaterra estava dividida entre diversas tribos de origem germânica, entre elas os saxões, os anglos e os dinamarqueses. O direito desta época é muito pouco conhecido, e as primeiras leis inglesas foram redigidas após 596, ano em que a Inglaterra se converteu ao cristianismo. Ao contrário do que ocorreu na Europa continental, onde as leis bárbaras eram escritas em latim, na Inglaterra as leis foram redigidas em língua anglo-saxônica<sup>5</sup>.

Após, com a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066, o poder no país foi centralizado. Como consequência, o período tribal desapareceu para dar lugar ao feudalismo. Antes da invasão normanda, o direito era aplicado pela Assembléia dos Homens Livres, também chamada de *County Court* ou *Hundred Court*, que aplicava os costumes locais para decidir qual das partes deveria provar a verdade de suas alegações. Após a

---

<sup>4</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 2.

<sup>5</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps. 356-357.

dominação normanda, ditas cortes foram sendo substituídas por jurisdições senhoriais – *Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts* –, que aplicavam um direito igualmente costumeiro e eminentemente local. A formação da *common law* ou *comune ley*<sup>6</sup>, que é o direito inglês comum aplicado em toda a Inglaterra, somente ocorreu com os Tribunais Reais de Justiça ou Tribunais de Westminster, cidade na qual se estabeleceram a partir do século XIII<sup>7</sup>.

Importante ressaltar que nunca houve regra no direito inglês que impusesse efeito vinculante às decisões dos juízes. Tal processo ocorreu naturalmente, em função da preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios. Na eventualidade de surgimento de um caso novo, que não tivera sido analisado, mas desde que já houvesse casos análogos, a decisão deveria ser no mesmo sentido daquela. Esta foi a ideologia que determinou que a *common law* se tornasse um sistema de *case law*, isto é, decisões pretéritas deveriam ser seguidas com o objetivo de conferir certeza e continuidade ao direito<sup>8</sup>.

Os juristas ingleses daquela época se preocupavam muito mais com questões processuais do que com a determinação dos direitos e obrigações de cada um dos jurisdicionados (direito subjetivo), preocupação comumente encontrada em juristas continentais<sup>9</sup>. Isso porque os Tribunais Reais, até o século XIX, não eram acessíveis aos particulares. Quem quisesse requerer justiça ao Rei, primeiro tinha que solicitar ao Chanceler a concessão de um *writ*, mediante o pagamento de taxas. A cada *writ* correspondia um determinado processo, que acabaria ditando a sequência de atos a serem realizados, como a maneira de regular os incidentes, a possibilidade de representação das partes, as condições de admissões de provas, as formas de execução da decisão, etc.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> O francês foi a língua corrente nos Tribunais Reais da Inglaterra até o final do século XV, com a dinastia dos Tudors.

<sup>7</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps. 358-359

<sup>8</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

<sup>9</sup> “As categorias e conceitos, no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente; a distinção entre direito público e privado, em particular, por esse motivo, é desconhecida na Inglaterra. DAVID, René. *O Direito Inglês*. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

<sup>10</sup> “*Remedia precede rights*: em primeiro lugar o processo”. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps. 361-363.

A competência dos Tribunais Reais foi tolerada na Inglaterra até o momento em que, ao lado deles, havia outros tribunais que aplicavam os costumes locais quando a *common law* não pudesse oferecer solução; quando os demais tribunais desapareceram, no entanto, alguns litígios simplesmente não encontravam nenhuma solução justa para o caso, devido às insuficiências da *common law*. Nestes casos, a partir do século XIV, era frequente que a parte perdedora endereçasse um recurso ao Rei, considerado a fonte de toda a justiça e generosidade. O particular dirigia o recurso ao Chanceler, que o transmitia ao Rei.

Isso fez com que o Chanceler se tornasse, no século XV, cada vez mais um juiz autônomo e solicitado, tendo em vista os obstáculos que o processo e os juízes opunham ao desenvolvimento da *common law*. As decisões do Chanceler eram tomadas levando-se em consideração a equidade do caso. Assim, as doutrinas equitativas se constituíram em correções aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais<sup>11</sup>.

Sob a coroa de Henrique VI (1422-1461), consagrou-se o costume de compilar excertos de argumentos dos litigantes e de decisões judiciais nos chamados *Year Books*, que foram importantíssimos para o estudo do direito inglês. Após, no século XVI, tais compilações foram substituídas pelos *Law Reports*, que transcreviam casos com o respectivo julgamento. Obviamente este método consolidava a cultura jurídica de estudar o direito com base em decisões pretéritas<sup>12</sup>.

No século XVI o direito inglês estava correndo risco de cair em desuso, em função da decadência do *common law* e do triunfo da equidade do Chanceler; no entanto, o Rei foi obrigado a levar em consideração a resistência dos juristas, uma vez que os Tribunais de *common law* se uniram com o Parlamento para defender sua posição e lutar contra o absolutismo real<sup>13</sup>. Importante destacar que os juízes nunca foram motivo de desconfiança na Inglaterra, ao contrário do que viria a acontecer na Europa continental.

---

<sup>11</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps 371-372.

<sup>12</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

<sup>13</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 373.

O direito da *common law* acabou convivendo em relativa harmonia com o direito da *equity*, que não tentou realizar novas intromissões indevidas. Da mesma forma, o Rei não utilizou mais sua prerrogativa para criar novas jurisdições independentes. Assim, desde 1621, as decisões do Tribunal da Chancelaria passaram a ser controladas pela Câmara dos Lordes, motivo pelo qual os Tribunais da *common law* passaram a aceitar as intervenções do Chanceler, que poderiam se amparar em precedentes<sup>14</sup>.

Destarte, a estrutura do Direito inglês foi desenhada basicamente pela formação da *common law*, no século XIII, e pelo desenvolvimento da *equity*, no século XVI. Além disso, não se pode olvidar que o Direito Comercial, o qual sempre fora considerado na Inglaterra como um elemento estranho e internacional, reservado aos comerciantes (*merchants*) foi absorvido pela *common Law* no século XVIII<sup>15</sup>.

### 1.1.1 A revolução Gloriosa e a importância dos juízes

O século XVII na Inglaterra foi marcado pelo antagonismo entre a Coroa, controlada pela dinastia Stuart e partidária do absolutismo, e o Parlamento, dominado pela burguesia e defensora do liberalismo. Dita crise se agravou quando a situação assumiu conotações religiosas, mesclando lutas sectárias entre católicos, anglicanos, presbiterianos e puritanos.

Em 1640, o confronto entre o Rei Carlos I e o Parlamento acabou em uma sangrenta guerra civil, culminando na execução do Rei e na implantação da república na Inglaterra, sob o comando de Oliver Cromwell. Tal acontecimento ficou conhecido como Revolução Puritana. Em 1660, devido à morte de Oliver Cromwell e para evitar uma nova guerra civil, a monarquia foi restaurada na Inglaterra, com a dinastia dos Stuart assumindo o trono.

Neste período, os conflitos entre Coroa e Parlamento se agravaram e, em 1688, a Revolução Gloriosa, com Guilherme de Orange à frente, consolidou

---

<sup>14</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 374.

<sup>15</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 376.

o triunfo do liberalismo sobre o absolutismo. Em 1689, o *Bill of Rights* foi aprovado, assegurando a supremacia do Parlamento sobre a realza<sup>16</sup>.

Mostra-se de vital importância para o direito inglês como o conhecemos hoje que a revolução burguesa ocorrida na Inglaterra foi gradual e não pretendia rejeitar a *common law* em detrimento do nacionalismo, positivismo e soberania. Muito pelo contrário, o direito na Inglaterra, mesmo após a revolução, não apenas aceitava o passado, como o glorificava<sup>17</sup>. A Revolução Inglesa de 1688 não desejava apagar da história o direito do passado, como aconteceu com a Revolução Francesa. Pelo contrário, buscava confirmar e fortalecer o direito, inclusive contra o Rei, que não o respeitava<sup>18</sup>.

Além disso, na Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, os juízes constituíram uma força revolucionária progressista, preocupada em frear os abusos do Rei e proteger os direitos dos indivíduos, desempenhando importante papel na centralização do poder e no respeito ao direito ancestral<sup>19</sup>. Este fator foi decisivo para que a autoridade do juiz nunca tivesse sido contestada na Inglaterra.

No mundo da *common law*, as fontes de direito têm profundas raízes históricas, e não são tentativas revolucionárias de negar ou de restaurar este ou aquele direito aplicável em determinado momento. Nenhuma sistematização ou teoria hierárquica das fontes de direito foi desenvolvida. Os *statutes* do Parlamento são considerados fontes de Direito, mas também o são as decisões judiciais<sup>20</sup>.

Nesse sentido, constata-se que o respeito às tradições jurídicas pretéritas, juntamente com a importância que foi outorgada aos juízes ingleses no processo revolucionário de contenção do poder real, foram fundamentais para o aperfeiçoamento da teoria do respeito aos precedentes obrigatórios<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> MELLO, Leonel Itaussu Almeida, *John Locke e o Individualismo Liberal*, in ("Os Clássicos da Política", org. Francisco C. Weffort, Ed. Ática, 1989, pág. 80-89.

<sup>17</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 22.

<sup>18</sup> Consultar MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

<sup>19</sup> Idem, p. 57.

<sup>20</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 26.

<sup>21</sup> "The sources of Law recognized by common law courts are generally understood to include not only legislation and constitutions, but also prior judicial decisions". EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 42.

### 1.1.2 Teoria dos precedentes obrigatórios na Inglaterra

A compreensão do real significado de precedente obrigatório, tal como entendido na Inglaterra, exige uma breve introdução ao seu conteúdo, bem como às características que o diferenciam das demais decisões, que não são consideradas precedentes.

Veja-se que um princípio básico da administração da justiça no sistema inglês é o *like cases should be decided alike*, ou seja, casos semelhantes devem receber tratamento semelhante<sup>22</sup>.

Com efeito, nem todas as decisões constituem precedentes no sistema inglês. Na verdade, só há falar em precedente obrigatório quando a decisão, tendo em vista determinadas características, tiver potencial para se tornar paradigmática na orientação tanto dos demais magistrados quanto dos jurisdicionados<sup>23</sup>. Além disso, não é a decisão inteira que se tornará vinculante, mas somente parcela da decisão, a qual constitui a *ratio decidendi*, ou as razões de decidir<sup>24</sup>.

O precedente obrigatório tem força altamente coercitiva. Com efeito, o princípio da submissão ao precedente, que é justamente o dever jurídico de conformar-se às suas *rationes*, recebe o nome de *stare rationibus decidendi*, ou simplesmente *stare decisis*<sup>25</sup>.

Além disso, só há falar em precedente com relação às decisões que tratem de matéria de direito, nunca matéria de fato. Pode-se dizer, assim, que o precedente é aquela decisão que elabora uma tese jurídica para resolver determinada matéria de direito, ou aquela decisão que, embora não seja a primeira, esclarece determinada matéria, tornando-a cristalina<sup>26</sup>.

O precedente nasce com o fito de regular um caso concreto, cujo destino será a regra de vários casos análogos. Por este motivo, o alcance dos

---

<sup>22</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 3.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

<sup>24</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 39.

<sup>25</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

precedentes só poderá ser descortinado em decisões posteriores. Inclusive, os motivos determinantes da decisão não serão pontuados pelo julgador que profere a decisão, mas pelos juízes posteriores, que do precedente extrairão a norma legal<sup>27</sup>.

Na verdade, o precedente judicial só vai se tornar obrigatório na Inglaterra a partir do início do século XIX. Com efeito, na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, Lord Campbell estabeleceu que a *House of Lords* estaria obrigada respeitar seus próprios precedentes, declarados na *ratio decidendi*, o que obviamente também vinculava todas as cortes inferiores<sup>28</sup>.

Tendo em vista a importância que os juízes adquiriram no desenvolvimento da família de *common law*, como visto acima, a fundamentação de suas decisões não é importante apenas para delimitar a coisa julgada do caso concreto, ou seja, não afeta apenas as partes litigantes. A fundamentação da decisão de um juiz de *common law*, por outro lado, é importante porque interessa a todos os outros julgadores, por ser um precedente em potencial, além de fornecer segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados<sup>29</sup>, que irão pautar suas condutas levando em consideração tais decisões<sup>30</sup>.

Outra razão que suporta a teoria do respeito aos precedentes diz respeito à segurança jurídica. Veja-se que se uma corte decide determinada causa em favor de B, em uma disputa *A versus B* e, posteriormente, C faz com D aquilo que A fizera com B, uma corte julgando o caso *C versus D* deveria decidir em favor de D, assegurando que D receba o mesmo tratamento de B e C receba o mesmo tratamento de A<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> "If a judge has this amount of freedom to determine which of his observations is *ration decidendi* and which is *obiter dictum*, is there not a grave danger that he will exercise an undue influence on the future development of the law?" Consultar CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 42.

<sup>28</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 158

<sup>29</sup> "Lawyers rely on judicial precedents in advising clients, and courts cite precedents in their opinions". EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 42.

<sup>30</sup> "Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo". MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221.

<sup>31</sup> EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 44. Obviamente os casos, na maioria das vezes, não serão exatamente iguais; no entanto, devem receber o mesmo tratamento se forem similares.

Assim, partindo da premissa de que somente questões de direito constituem precedente, surge a necessidade de definir efetivamente qual parte do precedente terá efeito vinculante, o que origina a teoria da *ratio decidendi*. Dita teoria não encontra paralelo no processo jurídico brasileiro. Não se pode simplesmente confundir as razões de decidir com a fundamentação da decisão, embora aquela nesta se encontre. As razões de decidir são, na verdade, extraídas do seio da fundamentação jurídica contida na decisão<sup>32</sup>.

Como a valorização dos fundamentos da decisão é de vital importância nos países de *common law*, pode-se dizer que lá sempre houve uma preocupação em distinguir, dentro da fundamentação da decisão, aqueles argumentos que têm efeito obrigatório ou vinculante – *ratio decidendi* – daqueles argumentos que simplesmente complementam a fundamentação, mas que não obrigam os demais julgadores – *obiter dictum*<sup>33</sup>.

A *ratio decidendi*, com o sistema do *stare decisis*, é a parte da fundamentação da decisão que tem força obrigatória, vinculando as decisões dos demais magistrados e fornecendo segurança jurídica à comunidade. Não há consenso com relação à definição de *ratio decidendi*<sup>34</sup>, e tampouco há fórmula para determiná-la no corpo da decisão<sup>35</sup>; pode-se tentar defini-la, no entanto, como um passo necessário ou suficiente<sup>36</sup>, explícita ou implicitamente tratado pelo juiz para chegar à conclusão<sup>37</sup>. A *ratio decidendi* também pode ser definida como uma escolha hermenêutica de caráter universal feita pelo julgador, porquanto repercute sobre todos os casos futuros que lhe sejam análogos<sup>38</sup>.

A definição de *obiter dictum*, por sua vez, é tão complexa e antiga quanto a de *ratio decidendi*. A distinção entre as duas categorias se deve à valorização dos fundamentos da decisão, separando o que dá significado à decisão daquilo que não lhe é essencial. Percebe-se que algumas questões

---

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

<sup>34</sup> Para aprofundar o tema, consultar o teste de Wambaugh e o método Goodhart, em CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, ps. 52-70.

<sup>35</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 72.

<sup>36</sup> Analisar debate com relação ao significado que se atribui às palavras “necessário” e “suficiente” na conceituação de *ratio decidendi* em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 239-241.

<sup>37</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 72.

<sup>38</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 176.

tratadas pela decisão são desnecessárias para o seu resultado final. Tais questões são, sem dúvida, *obiter dicta*<sup>39</sup>. Destarte, o *obiter dictum* não pode ser invocado como precedente vinculante, podendo simplesmente servir como argumento de persuasão<sup>40</sup>. Ruport Cross assim se reporta a *obiter dictum*:

*Is it possible to say more with regard to an obiter dictum than that it is a proposition of law which does not form part of the ratio decidendi? The foregoing discussion of the ratio decidendi suggests that the answer to this question is 'no'*<sup>41</sup>.

O efeito vinculante das decisões proferidas na Inglaterra depende da posição hierárquica do tribunal que a profere. A decisão de um tribunal vincula a si próprio e a todos os tribunais inferiores. Assim, todo precedente da *House of Lords* é obrigatório para as cortes inferiores; o inverso, contudo, não é verdadeiro<sup>42</sup>.

Ademais, até 1966 não havia possibilidade de revogar os precedentes na Inglaterra, ou seja, de 1898 a 1966 a *House of Lords* considerava-se absolutamente vinculada aos seus precedentes<sup>43</sup>. Então, em uma resolução específica, denominada *Practice Statement of Judicial Precedent*, a *House of Lords* declarou que era prudente rever algumas orientações emitidas no passado. Este documento alterou a teoria do *stare decisis*, constituindo o primeiro caso de *overruling*<sup>44</sup>.

Isto significa que, embora a lógica jurídica deste sistema seja sempre a interpretação do precedente levando-se em consideração o caso concreto, não existe aplicação acrítica dos julgados anteriores. Ora, ainda que o sistema, próprio da família de *common law*, seja aquele dos precedentes formalmente vinculantes, isto não impede que o direito se renove e evolua, o que acontece por meios das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 235.

<sup>40</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 177..

<sup>41</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 76.

<sup>42</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 170.

<sup>43</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 5.

<sup>44</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

<sup>45</sup> Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 141.

O *distinguishing* pressupõe que o julgador faça a distinção entre o caso que está julgando e aquele tomado como precedente hipotético. Para tanto, necessariamente se exige que seja identificada e delimitada a *ratio decidendi* do suposto precedente. Isso não significa, por óbvio, que o juiz tem o poder de desobedecer os precedentes que não lhe interessam, mas é mister que ele fundamente a materialidade da diferença dos casos, justificando a não aplicação do precedente<sup>46</sup>.

Tem-se *overruling*, por outro lado, quando as cortes superiores consideram determinado precedente ultrapassado ou equivocado, acolhendo nova orientação e revogando a *ratio decidendi* anterior<sup>47</sup>.

Entendido o funcionamento da teoria dos precedentes obrigatórios na Inglaterra, faz-se necessário tecer alguns breves comentários sobre o *stare decisis* nos Estados Unidos da América, já que tal teoria não se apresenta exatamente da mesma maneira nos dois países.

### 1.1.3 O *stare decisis* nos Estados Unidos da América

A cultura jurídica das decisões dos Estados Unidos da América é baseada em elaboradas discussões a respeito de casos pretéritos, o que a aproxima muito mais do direito inglês do que do direito continental; todavia, o direito estadunidense apresenta significativas diferenças com relação ao direito inglês<sup>48</sup>.

Desde a colonização dos Estados Unidos da América que o sistema de *case law* vigora em quase todo o seu território; todavia, a partir do século XVIII, mais especificamente após a promulgação da Constituição de 1787, o direito deste país foi lentamente se afastando da tradição jurídica inglesa. O importante é que a recepção do sistema a de *common law* não aconteceu de

---

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 327-328.

<sup>47</sup> Quando a corte explicitamente revoga precedente, tem-se o *Express overruling*. Quando, por outro lado, a corte simplesmente assume novo posicionamento, sem se referir ao precedente, fala-se em *implied overruling*. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

<sup>48</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 19.

modo automático. Assim, as principais fontes de direito dos Estados Unidos da América são a Constituição, as leis ordinárias federais e estaduais e, subsidiariamente, as regras herdadas do *common law*<sup>49</sup>.

Os Estados Unidos da América adotaram a constituição escrita, o que não ocorreu na Inglaterra. Por este motivo, o *case law* automaticamente foi relegado a segundo plano, ou seja, abaixo da constituição. Assim, um método rígido de aplicação de precedentes não se encaixa no plano de uma constituição que deve ser aplicada para mudar as condições de vida e de políticas públicas. Palavras que podem ser razoáveis e justas em determinado momento, podem ser erradas e problemáticas em outro<sup>50</sup>.

Outra característica peculiar ao direito estadunidense é o fato de ser dividido em várias jurisdições estatais, o que acaba produzindo grande quantidade de *law reports*. O ensino do direito, neste sentido, é realizado através da produção de *restatements*, ou seja, as escolas de direito buscam encontrar a melhor solução do problema através de exemplos de várias jurisdições. Os *restatements* são resoluções concisas que ilustram princípios legais baseados no *case law* de todo o país, os quais, de tempos em tempos, produzem códigos e desenham regras uniformes relacionadas a vários ramos do direito<sup>51</sup>.

Ainda que a doutrina do *stare decisis* seja aplicada com freqüência nos Estados Unidos da América, a regra dos precedentes obrigatórios sempre foi aplicada de forma mais flexível que na Inglaterra. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais inferiores têm o costume de rever seus precedentes, quando equivocados ou ultrapassados<sup>52</sup>.

Finalmente, cumpre destacar que há uma polêmica doutrinária comum tanto à Inglaterra quanto aos Estados Unidos da América, que trata da questão de saber se o juiz de fato cria direito ou apenas o declara. Nos Estados Unidos da América, sustenta-se que o direito deve ser descortinado através da

---

<sup>49</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

<sup>50</sup> "An application of words which can be reasonable and Just at some time, might be wrong and mischievous at another time". CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 20.

<sup>51</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 19.

<sup>52</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 167.

experiência judicial e jurídica, baseada em regras e princípios. Com relação à criação do direito pelos juízes, convém ressaltar as palavras proferidas por Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

*Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O common law considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro<sup>53</sup>.*

Destarte, tendo em mente a evolução histórica do direito da família de *common law* e percebendo a importância dos juízes no desenvolvimento da teoria dos precedentes obrigatórios, faz-se necessária uma explanação acerca do desenvolvimento da família romano-germânica, da qual o Brasil faz parte, enfatizando as diferenças entre as duas famílias. Tal exercício mental mostra-se imprescindível para que se possa pensar na possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil.

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

## 1.2 Formação da família romano-germânica

A família romano-germânica constitui-se de uma reunião de vários sistemas de direito consolidados e moldados ao longo da história<sup>54</sup>; no entanto, todos eles se formaram sobre a base do antigo direito romano<sup>55</sup>.

O que conhecemos hoje como direito romano tem sua origem com Justiniano, Imperador romano que pretendia restaurar a pureza e grandiosidade do direito, o qual era considerado decadente por ter se deteriorado ao longo de vários séculos. Além disso, a quantidade de comentários e tratados escritos pelos juristas da época era tão grande e possuía tantos pontos de vista diferentes que Justiniano estava interessado em tornar todos eles desnecessários, unificando o direito existente. Surge assim, pela primeira vez, a idéia de compilação, com o objetivo de apagar todo o direito pretérito, unificando-o e tornando-o, pois, universal.

Com este fito, Justiniano nomeou Triboniano para realizar uma compilação de todo o direito considerado relevante. Como consequência de tal compilação, foi publicado no século VI o *Corpus Iuris Civilis*<sup>56</sup>.

No entanto, embora o Império Romano tenha conhecido uma civilização brilhante, sua queda ocorreu no século V, em especial devido às invasões de vários povos bárbaros, mormente dos germanos. Nesse cenário, os povos romanizados conviviam lado a lado com os povos bárbaros, cada um respeitando suas próprias leis<sup>57</sup>, e o *Corpus Iuris Civilis* foi gradualmente caindo em desuso<sup>58</sup>.

Os invasores trouxeram consigo e passaram a aplicar seus costumes germânicos. No século VI, várias leis bárbaras foram redigidas para a maior parte das tribos germânicas. Tais leis passaram a se misturar com algumas

---

<sup>54</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 7

<sup>55</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

<sup>56</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, ps. 8-9.

<sup>57</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

<sup>58</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 9.

instituições romanas em algumas partes da Itália, França e da península Ibérica, o que ficou conhecido como direito romano bárbaro ou “vulgar”<sup>59</sup>.

Durante a Alta Idade Média, a sociedade retornou a um estado mais primitivo de civilização. Neste período, a Europa conheceu um estágio de direito consuetudinário, onde os conflitos eram solvidos normalmente pela autoridade de um chefe local, quando não pela lei do mais forte<sup>60</sup>. O direito, neste período, era visto muito mais como um fenômeno social do que como algo que emanasse da autoridade do Estado<sup>61</sup>.

Após, no período conhecido como Renascimento, uma grande efervescência cultural e artística tomou conta da Europa, e o interesse pelo direito reapareceu. Assim, no final do século XI, surge a primeira Universidade moderna em Bolonha, na Itália, cujo principal objeto de estudo era justamente o direito. Como foco do estudo dos juristas da época, o *Corpus Iuris Civilis*. Em pouco tempo, Bolonha e outras Universidades européias se tornaram o centro cultural da Europa, o que acabou difundindo o estudo do direito romano por meio da sua língua original, o latim<sup>62</sup>.

Nesta época volta com força a idéia, que fora defendida anteriormente pelos romanos, de que a sociedade deve ser regida pelo direito. Destarte, natural que o direito voltasse a ser encarado como um conjunto de regras de conduta, com o objetivo de pautar as atitudes dos cidadãos, impondo às relações sociais uma obediência a tais regras de comportamento<sup>63</sup>. Nenhuma Universidade vai se preocupar com os costumes locais, que não eram considerados verdadeiramente direito<sup>64</sup>.

O ensino nas Universidades não estava voltado à prática, mas sim a um método de estudo das regras mais justas, mais conformes à moral e mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. O direito ensinado nas

---

<sup>59</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 9

<sup>60</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 27.

<sup>62</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 10

<sup>63</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

<sup>64</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

Universidades era justamente um modelo de organização social, ligado à filosofia, teologia e religião<sup>65</sup>.

Nas Universidades desta época formou-se uma sucessão de escolas de pensamento interessadas em definir a melhor maneira de estudar o *Corpus Iuris Civilis*, sendo que as que mais se destacaram foram as escolas dos Glosadores e dos Comentadores. Estas escolas produziram vasta literatura, que acabou se tornando a base do direito europeu. O direito baseado nos estudos dos Glosadores e dos Comentadores ficou conhecido como *jus comune*, por ser um corpo sólido de escritos sobre direito, em uma língua comum – o latim –, com um método comum de ensino<sup>66</sup>.

Outro importante componente formador da família romano-germânica é o direito canônico, elaborado pela Igreja Católica Romana para regular os direitos e obrigações dos fiéis. Se, por um lado, o direito romano era o direito universal do império, diretamente associado à figura do Imperador, o direito canônico era o direito do domínio espiritual, diretamente associado à figura do Papa. Muito embora houvesse clara distinção entre as cortes civis e as cortes eclesiásticas, não raro esta última acabava julgando questões de jurisdição civil, principalmente em matéria de direito de família e sucessões, além de alguns tipos de crimes.

O direito canônico era estudado juntamente com o direito civil nas universidades italianas, motivo pelo qual havia uma forte tendência de se auto-influenciarem. Além disso, ambos formavam juntos o *jus comune*, que era o direito geral aplicado na Europa<sup>67</sup>.

Após, por volta do século XV, com o surgimento do Estado-nação e da idéia de soberania nacional, a influência do *jus comune* foi esmorecendo aos poucos, enquanto que o período do direito nacional começava a surgir. Em alguns países da Europa, como a Alemanha, o direito romano e os estudos de Bolonha foram formalmente recepcionados. Em outros países da Europa, tal recepção aconteceu de maneira mais informal. A recepção dos estudos do

---

<sup>65</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps. 41-42.

<sup>66</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 10

<sup>67</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 12.

direito romano visava restabelecer a concepção de que o direito é o próprio fundamento da ordem civil<sup>68</sup>.

Não é exagero dizer que o *Corpus Iuris Civilis* e os trabalhos dos Glosadores e Comentadores tiveram influência fundamental na consolidação do direito de grande parte dos países da Europa Ocidental, que hoje são conhecidos como países de tradição romano-germânica<sup>69</sup>.

Ao final da Idade Média, porém, a Europa passava pelo período conhecido como Absolutismo, também chamado de *Anciën Régime*. As revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII tinham por objetivo destruir justamente as estruturas econômicas, políticas e sociais que sustentavam dito regime, tendo em vista que representavam um grave problema de falta de segurança jurídica. Nesse contexto, a Revolução Francesa em especial tinha como inimigos o direito divino dos reis, os privilégios da nobreza e do clero, a “aristocracia de toga”, a política econômica mercantilista e o poder político da Igreja Católica.

### 1.2.1 A revolução francesa e a desconfiança em relação aos juízes

*A partir de 1792, todas as revoluções da Europa são a Revolução Francesa; a liberdade irradia-se da França. Esse é um fato claro. Cego quem não vê! Foi Bonaparte quem o disse*<sup>70</sup>.

A Revolução Francesa, que ocorreu entre 1790 e 1800, foi uma revolução eminentemente burguesa, que influenciou decisivamente o pensamento da maioria dos países ocidentais<sup>71</sup>, tendo sido profundamente

---

<sup>68</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52.

<sup>69</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 11.

<sup>70</sup> HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução Regina Célia de Oliveira – São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 364.

<sup>71</sup> “De uma maneira geral, o direito civil da maior parte dos países da América Latina é de inspiração francesa”. FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 102.

inspirada pelo movimento intelectual do Iluminismo<sup>72</sup>. Para compreender a receita da Revolução Francesa, que inspirou todas as outras revoluções burguesas que a sucederam, importante ter em mente alguns ingredientes, tais como o Racionalismo, o Nacionalismo, o Positivismo Jurídico, a Separação dos Poderes e o Liberalismo.

O Iluminismo foi um movimento intelectual totalmente estruturado sobre as idéias do Racionalismo. É justamente por isso que o século XVIII é conhecido como a “Era da Razão”, eis que o Racionalismo era a força intelectual dominante na época. Acreditava-se que não havia nada acima da razão, a qual poderia controlar e definir todas as ações humanas. Assim, pensava-se que todo o direito até então existente poderia ser substituído por um novo direito, elaborado unicamente com base na razão humana.<sup>73</sup> Ocorreu uma verdadeira quebra de paradigma neste período<sup>74</sup>, que se consubstancia na transição do “status” para o contrato<sup>75</sup>.

Talvez a maior contribuição do Racionalismo para os ideais da Revolução Francesa tenha sido a tentativa de alcançar a utópica certeza do direito. A busca da segurança jurídica empreendida pelo racionalismo é justamente a origem do normativismo moderno, que visava à igualdade formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei<sup>76</sup>.

Uma vez que este movimento buscava acabar com as relações e obrigações feudais, além das obrigações eclesiásticas, o direito precisava ser totalmente regido pelo Estado, o que acabou gerando um sentimento de

---

<sup>72</sup> Também chamado de Ilustração ou Século das Luzes, este movimento defendia o predomínio da razão sobre a visão teocêntrica do mundo que prevalecia na Europa desde a Idade Média. De acordo com seus principais pensadores, o movimento pretendia iluminar as trevas em que se encontrava a sociedade. Teve como principais expoentes os seguintes filósofos: John Locke (1632-1704); Voltaire (1694-1778); Montesquieu (1689-1755); Jean-Jaques Rousseau (1712-1778); Denis Diderot (1713-1784) e Jean Le Rond D’Alembert (1717-1783).

<sup>73</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 17.

<sup>74</sup> Para uma análise do conceito de paradigma, consultar DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, ps. 28-34.

<sup>75</sup> O “status” era o que sustentava o poder divino dos reis, enquanto que o contrato é o instrumento símbolo da autonomia da vontade, onde todos são iguais perante a lei e podem contratar com igualdade de forças. Consultar MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 18.

<sup>76</sup> DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36.

Nacionalismo<sup>77</sup>. Objetivava-se a criação de um sistema legal que expressasse os ideais nacionais, bem como a unidade cultural da nação. Por isso, tal direito nacional deveria ser escrito na língua nacional, e não mais em latim, além de incorporar conceitos e práticas nacionais<sup>78</sup>.

Além disso, fundamental para a mencionada revolução foi o movimento do Positivismo Jurídico<sup>79</sup>, surgido na Europa no século XVIII. Antes da criação do Estado Moderno, o juiz tinha liberdade para escolher, na análise do caso concreto, se iria basear sua decisão em regras de costume, em regras elaboradas por juristas, ou em critérios equitativos, extraídos da própria razão natural; com a formação do Estado Moderno, no entanto, o juiz passa a ser funcionário do Estado, subordinado ao Poder Legislativo. Portanto, só poderia resolver os casos valendo-se de regras emanadas do legislador<sup>80</sup>. O direito positivo era considerado como o único verdadeiro direito.

Seguindo o ideal de que todo o direito encontra-se encerrado na lei, a função do intérprete seria meramente declaratória da legislação. Não poderia haver outro direito além daquele provindo da lei. Esta concepção reflete-se no método de interpretação e aplicação da lei, cunhado pela Escola da Exegese. Acreditava-se que todas as questões poderiam ser resolvidas por meio de uma operação lógica de subsunção do caso concreto à lei abstrata<sup>81</sup>.

Importantíssimo, também, para a concepção da Revolução Francesa foi a teoria da separação dos poderes do Estado, defendida principalmente por Montesquieu, em sua obra clássica “O Espírito das Leis”. Argumentava-se que a separação dos poderes seria de fundamental importância para um governo

---

<sup>77</sup> “Processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 27.

<sup>78</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, ps. 18-19.

<sup>79</sup> Direito Natural e Direito Positivo não se confundem. Pode-se encontrar a definição de ambos em Glück, no seu *Commentario alle Pandette*, escrito no final do século XVIII, quando surge o movimento do Positivismo Jurídico: “Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos... Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas”. Para uma análise do desenvolvimento histórico dos conceitos, consultar BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999.

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 29.

<sup>81</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 198.

racional democrático e, para tanto, seria necessário principalmente manter o Legislativo e o Executivo separados do Judiciário<sup>82</sup>.

Esta verdadeira desconfiança com relação ao Judiciário se explica porque os juízes, no período do *Ancién Régime*, não apenas suportavam as idéias aristocráticas, como eles próprios faziam parte da aristocracia que oprimia as demais classes sociais<sup>83</sup>. Neste cenário, levando-se em consideração os ideais da revolução vistos acima, era vital que a chamada “aristocracia de toga” também fosse derrubada<sup>84</sup>. Eis a origem de toda a desconfiança com relação aos juízes.

Assim, para evitar os abusos cometidos na época, a teoria de Montesquieu baseava-se na idéia de que era necessário, primeiramente, separar o Legislativo e o Executivo do Judiciário e, posteriormente, assegurar que os juízes ficariam restritos a apenas aplicar as leis feitas pelo Legislativo<sup>85</sup>. Por isso, os juízes foram suprimidos à condição de meros “*bouche qui paroles la lètre de la loi*”. De acordo com Montesquieu, se o juiz pudesse modificar a lei, a teoria da separação dos poderes estaria sendo violada, motivo pelo qual a decisão do juiz deveria ser uma reprodução fiel da letra da lei<sup>86</sup>.

O Estado resguardava para si o monopólio da elaboração do direito, e a ênfase revolucionária na absoluta separação entre os poderes demandava que somente órgãos especificamente autorizados para tal função fossem permitidos a criar o direito. Destarte, para evitar os abusos de poder ocorridos no passado, o Poder Legislativo seria o órgão por definição encarregado de

---

<sup>82</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 16

<sup>83</sup> “Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para ‘julgar’”. Consultar MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

<sup>84</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 16.

<sup>85</sup> “De acordo com Montesquieu, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de ‘direitos novos’. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 40.

elaborar o direito<sup>87</sup>. Neste contexto, somente era reconhecido como direito aquilo que emanasse diretamente do Parlamento<sup>88</sup>.

Finalmente, cabe destacar que as revoluções burguesas do século XVIII foram todas liberais, no sentido de que não competia ao Estado eliminar os conflitos sociais, mas sim deixar que o próprio embate entre as diferentes classes sociais desenvolvesse os limites do ordenamento jurídico postos pelo próprio Estado. Tal concepção, naturalmente, é uma resposta à máxima intervenção estatal observada no período do Absolutismo.

Ocorre que a Revolução Francesa teve também um caráter absolutista, muito embora tenha querido ser totalmente liberal ao tentar eliminar as arbitrariedades do Poder Judiciário, comprometido que era com a Monarquia vigente. A atribuição da onipotência do Poder Legislativo concede poderes plenos, exclusivos e ilimitados ao legislador. Ocorre que o Poder Legislativo era formado basicamente por burgueses, classe social em ascensão e idealizadora da revolução, o que acaba por configurar um aspecto absolutista à própria revolução liberal<sup>89</sup>.

### 1.2.2 As codificações

Ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, onde o direito do passado foi não apenas mantido após a revolução, mas glorificado, a revolução burguesa ocorrida na França pretendia acabar com toda a ordem legal do passado. Pensava-se que era necessário rejeitar o *jus comune*, motivo pelo qual a idéia de criação de um novo direito ganhava cada vez mais força, e junto com tal idéia era natural que o novo direito fosse codificado<sup>90</sup>. Assim, em 1804 foi publicado o *Code Napoléon* ou Código Civil Francês, que acabou influenciando

---

<sup>87</sup> “Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

<sup>88</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, ps. 23-24.

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999, p. 38.

<sup>90</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 22.

grande parte dos Códigos elaborados posteriormente nos países Ocidentais, e que tinha como objetivo oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados.

Na verdade, a existência ou não de direito codificado ou a quantidade de direito produzido pelo Legislativo não é, por si só, um critério razoável para diferenciar o *common law* da família romano-germânica<sup>91</sup>. O que caracteriza a família romano-germânica é precisamente a ideologia por trás da codificação<sup>92</sup>.

A mesma idéia que orientara a formação do *Corpus Iuris Civilis* – a codificação de Justiniano – também esteve presente na Codificação elaborada por Napoleão, a qual ocorreu na França pós-revolução. A ideologia por trás da codificação que caracteriza o direito da família romano-germânica está calcada na tentativa de rejeitar e abolir todo o direito do passado. Qualquer princípio ou direito pré-existente que fosse incorporado nas codificações seria válido não por sua existência prévia, mas por sua incorporação no interior do Código.

Tanto Justiniano quanto Napoleão almejavam destruir o direito do passado. Enquanto que aquele tinha o desiderato de purificar o direito de tempos remotos, este buscava estabelecer um novo sistema legal. O fato é que ambos foram igualmente utópicos<sup>93</sup>.

A busca pela segurança jurídica, almejada pelos teóricos da codificação, aboliu da ciência do direito o estudo de casos práticos, passando a se preocupar exclusivamente com a norma, suprimindo o fato. Passou-se a estudar o “direito puro”, um axioma racionalmente abstrato, olvidando-se que o direito, na verdade, é problema<sup>94</sup>.

Um dos objetivos igualmente utópicos da Revolução Francesa era tornar advogados desnecessários, em função do desejo de criar um sistema

---

<sup>91</sup> Só o Estado da Califórnia tem mais códigos do que muitas nações pertencentes à família Romano-Germânica, o que não a torna um estado pertencente a tal família de Direito. MERRYMAN, John Henry, p. 22.

<sup>92</sup> “A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais”. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66.

<sup>93</sup> A ideologia da codificação na França reflete obviamente a ideologia da Revolução Francesa. Tendo em vista que um dos ideais da revolução foi o nacionalismo, qualquer tipo de direito que fosse anterior à criação e ao reconhecimento do Estado violaria tal ideal. Da mesma forma, somente um rompante exageradamente racionalista pode explicar a crença de que uma codificação seria suficiente para abolir a história. Consultar MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, ps. 28-29.

<sup>94</sup> DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36

legal simples, não-técnico e que não precisasse ser interpretado, para que qualquer cidadão pudesse facilmente entendê-lo. Além disso, a absoluta separação dos poderes clamava por um código completo, coerente e claro, para que a função do juiz ficasse limitada a apenas aplicar o direito, através de um mero exercício de subsunção diante do caso concreto<sup>95</sup>. O direito codificado foi projetado em laboratório, apartado da prática forense<sup>96</sup>.

Ocorre que, no momento, a maior parte dos países pertencentes à família romano-germânica enfrenta um período de crise do legislativo, que se expressa formalmente pelo fenômeno da decodificação, ou do direito por microssistemas<sup>97</sup>.

Parece que chegou a hora de repensar nossas heranças históricas e culturais. É preciso conciliar a aparentemente inconciliável separação entre a certeza do direito, que torna as decisões judiciais previsíveis e que fora imaginada pelos Iluministas – os quais alegavam a supremacia do legislativo sobre o judiciário – e, de outro lado, um direito de criação judicial, adaptado constantemente à realidade, por meio do qual se obtêm decisões justas<sup>98</sup>.

### 1.2.3 O neoconstitucionalismo

Com efeito, os países de tradição romano-germânica e, bem assim o Brasil, há tempo perceberam que o juiz não pode restar amarrado à função de mero *bouche de la loi*, mas algumas matérias simplesmente clamam por sua

---

<sup>95</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, ps. 29-30.

<sup>96</sup> “Uma das peculiaridades mais notáveis de nossa formação é o divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais e reproduzido pela cátedra universitária, em última análise, a separação entre o direito dos grandes sistemas teóricos e aquele dos práticos forenses”. DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35.

<sup>97</sup> “La crisis de la ley es una crisis de calidad, no de cantidad. Se manifiesta, em sus caracteres formales, como una carência en la legislación de normas de derecho común y, por el contrario, en una proliferante legislación de derecho especial o, más concretamente, de derecho singular”. Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 132

<sup>98</sup> Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 134.

intervenção criativa<sup>99</sup>. Uma das maneiras encontradas para tentar solucionar este problema foi o uso da técnica das cláusulas gerais – como a de boa-fé, de correção, de justa causa, etc.<sup>100</sup>

Veja-se que a alocação do Poder Legislativo no centro do sistema jurídico, proibindo o juiz de criar ou mesmo interpretar a lei, era necessária para assegurar o utópico ideal de segurança jurídica; no entanto, a constatação de que a linguagem jurídica não é uniforme, mas depende da hermenêutica, ou seja, de que os textos comportam em si uma pluralidade de interpretações, fez com que esse paradigma racionalista fosse aos poucos sendo superado.

Portanto, não há mais espaço para o princípio da legalidade como havia no tempo da Revolução Francesa, ou seja, não se pensa mais no direito como se fosse simplesmente a letra da lei, que reclamava legitimidade unicamente na autoridade que a emanava. Hoje, a lei é vista como resultado de debates e coalizões entre vários grupos sociais, motivo pelo qual a produção normativa precisa ser analisada levando-se em consideração os princípios de justiça.

Neste diapasão, tais princípios demandam um *status* superior no interior do ordenamento jurídico, motivo pelo qual foram posicionados nas Constituições. A partir deste momento, a lei perde o posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição. Significa dizer que a lei não vale mais por si só, mas depende de sua adequação aos princípios inseridos no interior da Constituição<sup>101</sup>.

Tal cenário vem criando certa tensão no judiciário de alguns países, porquanto há um conflito evidente entre a busca da segurança jurídica por meio

---

<sup>99</sup> “Se quisermos, no entanto, constituir o Direito como instrumento democrático, será indispensável discutir com os alunos os casos práticos, colhidos na jurisprudência, mostrandio-lhes a problematidade essencial ao fenômeno jurídico, de modo que o Direito abandone o dogmatismo, com todas as falsificações da realidade que lhe são inerentes, para lançá-lo na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza de ciência da compreensão e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito”. DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

<sup>100</sup> Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 134.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil, Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 44.

da aplicação da letra da lei, de um lado, e a tentativa de adaptar o direito ao caso concreto, valendo-se, para tanto, dos precedentes judiciais, de outro<sup>102</sup>.

Além disso, percebe-se que há uma recíproca contaminação entre as duas famílias de direito, que se auto-influenciam. Importante mencionar as brilhantes palavras de Véra Fradera sobre o assunto:

*(...) O direito sul-americano é o produto de múltiplas influências, cuja presença pode ser identificada durante três períodos distintos, a saber: primeiramente, durante a época das primeiras codificações nacionais, logo após os movimentos de independência, quando os legisladores nacionais buscaram o Code Napoléon como fonte de inspiração maior. Num segundo momento, os modelos jurídicos da Common Law invadiram todos os direitos sul-americanos, sobretudo no referente aos denominados contratos especiais, como o leasing, o turn-key, o franchising, o factoring, etc, hoje considerados, alguns deles, como contratos típicos. Um terceiro período caracterizado pela circulação de modelos jurídicos comunitários está atualmente sendo realizados<sup>103</sup>.*

Por este motivo, superada esta primeira parte do trabalho, em que se pretendeu demonstrar, de um lado, a origem histórica do precedente obrigatório e a importância do juiz na família de *common law* e, de outro, a desconfiança com relação ao juiz e a importância da lei na formação da família romano-germânica, cumpre, neste momento, tentar uma aproximação entre as duas famílias de direito e vislumbrar a possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil.

---

<sup>102</sup> “En la misma Corte de Casación operan, de esta forma, dos tensiones que se oponen. Por un lado, el propósito de realizar el más alto grado de seguridad y de igualdad del derecho y contener el incremento de los litígios a fin de impedir el colapso del sistema judicial. Por otro lado, la ideología propia del juez de civil Law, que no se siente obligado a ninguna otra cosa que a la ley, por lo que, em nombre de interpretarla de la mejor forma posible, no duda em contradecir las precedentes interpretaciones ajeas y propias (...)”. Consultar Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 147.

<sup>103</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 325.

## 2. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SISTEMA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL

Consoante visto no capítulo anterior, a teoria dos precedentes obrigatórios se originou e se desenvolveu no seio da família de *common law*, na qual os juízes tiveram papel fundamental ao longo da história. Por outro lado, o Brasil se insere no contexto da família romano-germânica, a qual possui formação e desenvolvimento notadamente conectados à Europa continental, valendo-se principalmente da técnica do direito legislado e das codificações. Nesta família de direito, o precedente não possui vinculação obrigatória, ou seja, não goza de eficácia vinculante. Por outro lado, é revestido apenas de valor moral, uma vez que apresenta força persuasiva para os demais magistrados<sup>104</sup>.

Todavia, importante perceber que, mesmo no interior da família romano-germânica, o direito não é mais considerado como sendo fruto única e exclusivamente da atividade do poder legislativo<sup>105</sup>. Por outro lado, deve-se reconhecer que a teoria dos precedentes obrigatórios vem ganhando espaço no mundo do *civil law*, ainda que timidamente. Nesse sentido, não se pode olvidar dos brilhantes ensinamentos do mestre italiano Francesco Galgano:

*Desde hace un tiempo compruebo que los abogados, em sus labores de defensa como en sus opiniones, no citan más los códigos, sino la jurisprudencia sobre códigos. Todavía no estamos preparados, ni cultural, ni técnicamente, para trabajar totalmente sobre la jurisprudencia*<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> “Com efeito, é opinião corrente, sob este aspecto, que as decisões judiciais não são consideradas fonte de produção de direito, mas apenas ‘fonte de conhecimento’ do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz. O *precedente*, na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto. Apresenta-se, assim, com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>105</sup> “Reconhecemos cada vez mais abertamente a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e evolução do direito, e nenhum jurista pensa mais que apenas os textos legislativos sejam importantes para conhecer o direito”. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 70.

<sup>106</sup> Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 153.

(...)

*Tenemos que aprender de los juristas del common Law que desde hace siglos trabajan sobre precedentes. Sin embargo, no podremos aplicar de forma pura y simples sus métodos y técnicas a un sistema organizado de manera diferente como lo es el nuestro<sup>107</sup>.*

Veja-se, todavia, que o próprio autor supracitado alerta para a ausência de cultura dos países da família romano-germânica para a utilização da técnica dos precedentes obrigatórios, proveniente da família de *common law*. Dito comentário vai ao encontro do exposto na primeira parte deste trabalho, em que se tentou demonstrar justamente que a evolução histórica e cultural das duas famílias de direito é claramente distinta.

Sendo assim, não se está aqui a fazer apologia à aplicação da teoria dos precedentes pura e simplesmente ou, o que é pior, acriticamente no interior do ordenamento jurídico brasileiro. Este segundo capítulo, por outro lado, pretende justamente tecer alguns comentários críticos acerca da possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira, notadamente nas estruturas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

## **2.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal**

A Constituição Federal tem por objetivo, de um lado, guardar os valores nos quais está sedimentada a sociedade brasileira, bem como, de outro lado, unificar o direito no Estado Constitucional. Partindo dessa premissa, a interpretação da Constituição, visando à atribuição de unidade do direito deve ser outorgada a algum órgão específico. Este órgão, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ao Supremo Tribunal Federal compete precipuamente a missão de “guarda” da Constituição, nos termos do art. 102 da atual

---

<sup>107</sup> Consultar GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 153.

Constituição Federal<sup>108</sup>. Tal tarefa já fora reservada para o Supremo Tribunal Federal pela primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a qual outorgava ao mencionado tribunal a função de guardião da Constituição brasileira, por influência da doutrina constitucional americana<sup>109</sup>.

Isto significa que é tarefa do Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, por meio das várias técnicas pensadas para este fim no Brasil. Naturalmente, uma decisão nestes moldes, que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, pretende atingir toda a sociedade, e não apenas este ou aquele cidadão.

Diante deste cenário, importante refletir sobre a maneira mais adequada de tornar vinculantes as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, para que a função estabelecida de guarda da constituição não seja uma quimera, mas seja efetivamente aplicada e tutelada pelo sistema jurídico brasileiro. É justamente neste ponto que vem à tona a teoria dos precedentes obrigatórios e sua possível aplicação em sede de controle de constitucionalidade no Brasil.

### 2.1.1 Decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser feito de maneira abstrata ou concreta. Em outras palavras, o controle pode ser feito de maneira concentrada ou difusa<sup>110</sup>. O controle abstrato – ou concentrado – das normas é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o controle concreto – ou difuso – pode ser realizado por todo e qualquer juiz brasileiro.

---

<sup>108</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

<sup>109</sup> Para uma análise da história do STF, consultar MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>110</sup> “A história do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis mostra que *misto* ou *eclético* sempre se evidenciou o sistema brasileiro”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 268.

O controle abstrato de constitucionalidade das normas é realizado em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade<sup>111</sup>, ambas previstas no art. 102, inciso I, “a”, da Constituição Federal<sup>112</sup>. Além disso, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, o processo de controle abstrato de normas pode ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembléia Legislativa Estadual, por um Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional, por confederação sindical ou por organização de classe de âmbito nacional<sup>113</sup>.

Com relação à ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 3/1993, que a instituiu, trouxe algumas limitações com relação à legitimação, bem como ao objeto da ação. Antes, podia ser instaurada somente pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa do Senado e pelo Procurador-Geral da República. Com relação ao objeto, só poderia versar sobre constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o dispositivo, outorgando legitimação para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade a todos os legitimados para a propositura da ação direta de

---

<sup>111</sup> A Lei nº 9.868/1999 trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a qual foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3/1993.

<sup>112</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processo e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

<sup>113</sup> Na Constituição de 1934 fora positivada a figura da representação interventiva, que outorgava competência ao STF para conhecer da alegação de ofensa a princípios constitucionais por parte de algum Estado-membro da federação. Havia inclusive um processo especial para regular o conflito entre União e Estado-membro, no qual o Procurador Geral da República representava os interesses da União contra determinado Estado. Ao lado deste instituto, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 introduziu um sistema de controle abstrato de normas perante o STF, destinado à análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Este processo poderia ser instaurado pelo Procurador-Geral da República, o qual atuava, no controle abstrato, como representante do interesse geral. A Constituição de 1988, todavia, ampliou o rol de competência para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Para uma análise mais detalhada acerca da história do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, consultar MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, ps. 64-87.

inconstitucionalidade. O objeto, porém, continua o mesmo, mesmo após a promulgação da mencionada emenda<sup>114</sup>.

Importante ressaltar que as decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas fazem coisa julgada e são dotadas de eficácia *erga omnes*<sup>115</sup>, conforme previsto nos artigos 175 e 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; no entanto, ainda que produza coisa julgada dotada de eficácia *erga omnes*, os motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, a sua *ratio decidendi*, devem ser levados em consideração, para que o Supremo Tribunal Federal possa tutelar de maneira efetiva os ditames da Constituição Federal.

Ora, parece evidente que, na medida em que os motivos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que antes só era vista como produtora de coisa julgada *erga omnes*, passam a ter eficácia vinculante, dita decisão adquire qualidade de precedente obrigatório<sup>116</sup>.

Veja-se que aqui não se está mais a falar em eficácia da coisa julgada, mas na aplicação da técnica dos precedentes, tal como é concebida nos países de *common law*, porquanto se pretende atribuir eficácia obrigatória justamente aos motivos determinantes da decisão, à *ratio decidendi*. A vinculação dos juízes inferiores aos motivos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal é de vital importância para que se mantenha a coerência da interpretação da Constituição Federal, bem como a todo o sistema jurídico brasileiro<sup>117</sup>.

Esta questão já foi inclusive discutida e analisada pelo próprio Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 1.987/DF<sup>118</sup>, no curso da qual foi decidido que os motivos determinantes da decisão proferida em controle abstrato de

---

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 470.

<sup>117</sup> "(...) No sistema alemão, as decisões do BVerfG têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme se vê do § 31, 1, da Lei do Tribunal. (...) A importância da análise do sistema alemão encontra-se no fato de que não é somente a parte dispositiva do precedente que é vinculante. Muito mais importante é o fato de que os motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão vinculam as decisões futuras. Consoante explica a doutrina, "a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros". Consultar MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, ps. 27-28.

<sup>118</sup> Reclamação nº 1.987/DF, disponível em <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 24/11/2011.

constitucionalidade têm eficácia vinculante. Ainda, tal discussão foi reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.363/PA<sup>119</sup>, na qual o Relator, Min. Gilmar Mendes, argumentou da seguinte maneira:

*(...) a aplicação dos fundamentos determinantes de um leading case em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no caput e § 1º-A do art. 557 do CPC, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. (...) Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante na decisão proferida na ADIn (...).*

Sendo assim, é forçoso que se passe a compreender as decisões do Supremo Tribunal Federal, realizadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como precedentes obrigatórios. Isto implica, naturalmente, no reconhecimento da eficácia vinculante de seus motivos determinantes.

Por outro lado, o controle concreto da constitucionalidade das normas é realizado em sede de recurso extraordinário, previsto no art. 102, inciso III, da Constituição Federal. Diante das decisões proferidas em sede de controle difuso não se pensa em atribuir eficácia *erga omnes*, tendo em vista que a análise é feita em um determinado caso concreto; no entanto, mesmo nestes casos, é necessário salientar a importância de se levar em consideração os motivos determinantes ou a *ratio decidendi* da decisão, com o objetivo de evitar a sua desconsideração pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Em última análise, a decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade deve transcender ao caso particular, para que os motivos determinantes da decisão, ou a *ratio decidendi*, se constituam em precedentes

---

<sup>119</sup> Reclamação nº 2.363/PA, disponível em <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 24/11/2011.

obrigatórios para os demais órgãos do judiciário. Tal expediente é de vital importância se quisermos realmente levar os direitos constitucionais a sério<sup>120</sup>.

Destarte, a possibilidade de se outorgar eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, ou seja, em sede de controle difuso de constitucionalidade, não significa que se pretende tornar imutável e indiscutível a referida decisão, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão<sup>121</sup>.

Ocorre que, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, qualquer juiz tem o poder de declarar uma lei inconstitucional, deixando de aplicá-la ao caso concreto<sup>122</sup>. Tal lei continua integrando o ordenamento jurídico, mas, na prática, o juiz pode se recusar a aplicá-la caso a considere inconstitucional<sup>123</sup>.

Desta forma, percebe-se que, em um sistema como o nosso, que outorga a qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade das leis diante do caso concreto, é necessário que, pelo menos, ditos juízes estejam vinculados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, sob pena de se criar uma tendência anárquica dentro do sistema<sup>124</sup>.

Ainda, importante ressaltar que o art. 28 da Lei nº 9.868/99 estipula que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sejam elas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, interpretação conforme à Constituição ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Sobre esta norma só há uma leitura coerente, a de que as mencionadas decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser tratadas como precedentes obrigatórios, vinculando a si mesmo e a todos os magistrados dos tribunais inferiores.

Finalmente, cumpre destacar a importância de se atribuir eficácia vinculante à decisão acerca da repercussão geral, introduzida pela Emenda

---

<sup>120</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 461.

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 460.

<sup>122</sup> “Desde o advento da República, na esteira do modelo norte-americano, adotou-se no Brasil o controle difuso, por via incidental, outorgando-se competência a qualquer órgão do Poder Judiciário para conhecer, incidente e prejudicialmente, a questão da inconstitucionalidade”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 268.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>124</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 460.

Constitucional nº 45/2004, que se mostra indispensável para a admissibilidade de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal. O referido instituto tem como função permitir que o Supremo Tribunal Federal escolha os recursos que irá julgar, examinando apenas as questões que possuam maior impacto na obtenção da unidade do direito. Em suma, trata-se de uma filtragem pela qual os recursos são obrigatoriamente submetidos para que possam ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>125</sup>.

Tendo em vista que a causa a qual se atribui repercussão geral necessariamente terá relevante importância à sociedade e, bem assim, ao Estado como um todo, naturalmente à decisão que a analisa deve-se conferir *status* de precedente constitucional obrigatório. Ora, uma vez que se atribui ao Supremo Tribunal Federal a missão de selecionar questões constitucionais dotadas de relevância e transparência para a sociedade, seria no mínimo contraditório se os tribunais e juízes inferiores pudessem analisar a mesma matéria de maneira diferente.

Veja-se que a norma da eficácia vinculante horizontal, ou seja, a vinculação do Supremo Tribunal Federal às suas próprias decisões, vem consagrada no art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil<sup>126</sup>, ao passo que norma da eficácia vinculante vertical, isto é, vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciários, aparece no art. 543-B, § 2º, do mencionado Diploma Legal<sup>127</sup>.

Neste sentido, parece evidente que a aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios merece especial atenção no Brasil. Pelos menos, deve-se pensar com seriedade no respeito aos motivos determinantes das

---

<sup>125</sup> “A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para a persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral”. Para uma análise mais profunda acerca da repercussão geral, consultar MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>126</sup> “Art. 543-A, § 5º. Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>127</sup> “Art. 543-B, § 2º. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, seja ele concreto ou abstrato, bem como às decisões acerca da repercussão geral, conferindo-lhes eficácia vinculante por parte dos demais membros do Poder Judiciário, o que acabará por emprestar maior segurança jurídica ao sistema como um todo.

### 2.1.2 Súmulas vinculantes

Quando os precedentes constitucionais proferidos pela Suprema Corte forem claros, não gerando dúvidas com relação a sua *ratio decidendi*, não há motivo para temer por insegurança jurídica. Neste caso, os tribunais inferiores não terão maiores problemas para aplicá-los e, além disso, os jurisdicionados saberão como pautar suas condutas em relação aos precedentes do STF.

Por outro lado, quando as decisões sobre determinada matéria constitucional não forem capazes de produzir motivos determinantes claros e objetivos, naturalmente poderá haver espaço para interpretações divergentes, o que constitui, sem dúvida, insegurança jurídica com relação à questão constitucional.

Vale ressaltar que o Código Civil introduziu, nos arts. 476 a 479, o instituto uniformização da jurisprudência. Dito instituto assevera que quando houver divergência acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica, deve o juiz suscitar o pronunciamento prévio do tribunal de segundo ou superior grau acerca da correta interpretação a ser observada. Não se trata de recurso, mas de incidente processual. Assim, reconhecida a divergência, a maioria absoluta dos membros do tribunal declara a interpretação correta, que deverá ser convertida em súmula, passando a constituir precedente na uniformização da jurisprudência. Pelo menos é o que postula o Código de Processo Civil<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 259.

Neste sentido, o *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil<sup>129</sup> estipula que qualquer recurso pode ser liminarmente indeferido pelo relator, quando estiver em confronto com súmula ou precedente dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior<sup>130</sup>.

Ademais, o § 1º-A do mencionado dispositivo legal<sup>131</sup> estabelece que o relator tem a faculdade de dar provimento ao recurso, de forma monocrática, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior. Veja-se que a eficácia persuasiva do precedente sumulado goza de elevado prestígio entre nós<sup>132</sup>.

Por este motivo, quando houver controvérsia atual a respeito da precisa identificação da *ratio decidendi* dos precedentes constitucionais, desenvolveu-se entre nós a tese de que, nestes casos, haverá espaço para a promulgação da chamada súmula vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a súmula vinculante ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. O *caput* do art. 103-A, da Constituição Federal, estabelece que a súmula tem eficácia vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>133</sup>.

Além disso, o § 1º do referido dispositivo legal<sup>134</sup>, estipula que a súmula tem por objetivo eliminar controvérsia atual acerca de determinada questão

---

<sup>129</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

<sup>130</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 260.

<sup>131</sup> “§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

<sup>132</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 260.

<sup>133</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

<sup>134</sup> “Art. 103-A, § 1º. A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a

constitucional, eliminando grave insegurança jurídica, bem como a multiplicação de processos sobre matéria idêntica<sup>135</sup>.

Pode-se dizer, destarte, que a súmula vinculante nada mais é do que a publicação do enunciado da *ratio decidendi* de um precedente constitucional. Por isso, não se pode tentar entender a súmula vinculante como se fosse apenas a ementa, ou a parte dispositiva do acórdão de determinada decisão. Isto porque, como visto anteriormente, o que dá origem à *ratio decidendi* é justamente a fundamentação, os motivos determinantes de decisões pretéritas sobre a mesma matéria.

Obviamente que qualquer súmula, mesmo que apresente eficácia vinculante, pode ser editada, revisada ou cancelada, o que é conseqüência da natureza transitória e dúctil do direito; no entanto, para que determinada súmula seja aplicada, revisada ou cancelada, faz-se necessária a análise dos motivos determinantes dos precedentes que levaram à edição da súmula<sup>136</sup>.

Feitas estas considerações, é chegada a hora de mencionar que o Brasil, por todo o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, não possui cultura jurídica para a análise e aplicação de precedentes obrigatórios nos exatos moldes do realizado na família de *common law*, a qual é realizada através da análise da *ratio decidendi* de decisões pretéritas. Neste sentido, esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. Nem os juízes nem os advogados investigam os julgados que embasam a súmula quando se deparam com a sua aplicação<sup>137</sup>.

Ora, tanto não há cultura de análise de precedentes no Brasil que houve a necessidade de criação do instituto da súmula vinculante. Se os magistrados brasileiros tivessem a cultura de analisar julgados pretéritos, notadamente no que diz respeito à *ratio decidendi* das decisões da Suprema Corte, não haveria sequer necessidade de se promulgar súmulas vinculantes,

---

administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 490.

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 491-492.

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

uma vez que tais precedentes já seriam naturalmente obrigatórios para os demais órgãos do Poder Judiciário. Como entre nós não existe tal cultura, criou-se o instituto das súmulas vinculantes.

Portanto, percebe-se que também no que diz respeito à aplicação das súmulas vinculantes no Brasil, dever-se-ia prestar mais atenção à teoria dos precedentes obrigatórios. Se os magistrados, no quando da aplicação de eventual súmula, analisassem os motivos determinantes das decisões que originaram dita súmula, ou seja, se tivessem o costume de analisar a *ratio decidendi* das decisões pretéritas, de fato, tal prática atenderia aos desideratos de uniformizar a aplicação do direito e, ao mesmo tempo, permitiria que o mesmo evoluísse, emprestando maior segurança jurídica ao sistema.

## 2.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça

Para que a segurança jurídica, tão almejada por todas as famílias de direito, fosse alcançada nos termos da separação dos poderes pensada por *Montesquieu*, o Judiciário deveria somente aplicar as leis criadas pelo Parlamento, que seria o órgão encarregado da verdadeira criação do direito, consoante visto no capítulo anterior.

Como a Revolução Francesa tinha a utopia de criar um código de leis claro e completo, o juiz deveria se preocupar somente com a aplicação da lei; no entanto, o próprio sistema encontra-se em um paradoxo, na medida em que estabeleceu que, na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou ausência de lei, o juiz deveria levar o caso para a resolução do Legislativo<sup>138</sup>.

Assim, tendo em vista que a interpretação da lei era vedada ao judiciário, em 1790 foi criada uma corte com o objetivo de cassar todas as decisões que fossem contrárias à interpretação estabelecida pelo Parlamento. Eis a origem da criação da Corte de Cassação em França, que fora projetada unicamente para cassar interpretações incorretas, e nunca para estabelecer

---

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 38-39.

qualquer interpretação para a aplicação da lei no caso. Justamente por este motivo, a *Cour de Cassation* nem era considerada membro do Poder Judiciário<sup>139</sup>.

Com o passar do tempo, a referida corte foi assumindo, além da função de cassar decisões incorretas, a missão de estabelecer qual seria a interpretação correta diante do caso concreto, participando decisivamente na produção das decisões judiciais. Além disso, tais cortes passaram a ocupar posição de destaque no interior do sistema, sobrepondo-se inclusive aos tribunais ordinários. Sua função, neste momento, passou a ser a de assegurar a correta interpretação da lei, evitando que os tribunais inferiores consolidassem interpretações errôneas. Neste preciso momento da história da família romano-germânica chegou-se à compreensão de que a tarefa de compreender o direito era do Judiciário, e não do Legislativo<sup>140</sup>.

Além disso, cumpre esclarecer que, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça foi configurado e pensado justamente para ter missão semelhante àquela que acabou sendo conferida às Cortes de Cassação Francesas, qual seja, uniformizar a interpretação da lei federal.

Finalmente, resta analisar que é também nesta importante tarefa de uniformização da interpretação da lei federal, desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se deve pensar a respeito da aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios. Vejamos.

### 2.2.1 A uniformização da interpretação de lei federal

Consoante visto anteriormente, é pensamento corrente nos dias de hoje que ao Estado compete assegurar o direito fundamental à segurança jurídica, mormente por meio do Legislativo e do Judiciário. Neste sentido, se os direitos fundamentais expressos na constituição prescindem, para sua materialização, de normas infraconstitucionais, a sociedade tem a legítima

---

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

expectativa de que a ordem jurídica expressa por meio deste direito infraconstitucional seja coerente.

Partindo da premissa de que as normas não serão completas, não serão desprovidas de eventuais incoerências e, ainda, não serão sempre cumpridas espontaneamente pelos cidadãos, importante que o órgão incumbido de aplicá-las e interpretá-las, no caso, o Poder Judiciário, aja de modo racional e coerente.

Veja-se, ademais, que não se está a pensar em uniformização da interpretação da lei infraconstitucional para que o Poder Judiciário passe a ditar a única interpretação correta e possível da letra da lei. Por outro lado, é desejável e inclusive necessário que o Judiciário, que é uno, não apresente várias leituras conflitantes da lei para a mesma situação fática, violando, desta maneira, a segurança jurídica<sup>141</sup>.

Neste sentido, coerência e segurança jurídica se complementam. Não se pode pensar num sistema coerente se o Poder Legislativo for legitimado a produzir normas jurídicas desiguais para que sejam aplicadas a situações semelhantes. Da mesma maneira, não haverá coerência se normas semelhantes forem aplicadas a casos semelhantes de modo diverso pelo Poder Judiciário.

Veja-se que a Constituição brasileira, em seu art. 105, inciso III, “c”<sup>142</sup>, estipula que é competência do Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação, mediante recurso especial, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal. A referida interpretação deve, inclusive, vincular todos os tribunais inferiores.

Percebe-se, assim, que é justamente esta a tarefa que se pensou para o Superior Tribunal de Justiça no cenário jurídico brasileiro, de uniformizar a interpretação da lei federal, emprestando coerência e segurança jurídica ao sistema. Não se pode admitir que os tribunais inferiores interpretem e/ou

---

<sup>141</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 493-494.

<sup>142</sup> “105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça; III. Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c. Der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

apliquem lei federal de maneira diversa, sob pena de violação explícita à previsibilidade, tão indispensável quando se pensa em segurança jurídica<sup>143</sup>.

Por todo o exposto, parece óbvio que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ser vistas como precedentes obrigatórios. Ora, se a função do mencionado tribunal é emprestar coerência ao sistema, tutelando a ordem e a busca por segurança jurídica, por meio da uniformização da interpretação da lei federal, tal expediente somente será alcançado se os motivos determinantes das suas decisões forem vinculantes. Isto é, a correta interpretação da lei federal, obtida por meio das decisões Superior Tribunal de Justiça, só será alcançada através da análise da *ratio decidendi* das mencionadas decisões.

Obviamente que, consoante supramencionado, o Brasil não possui cultura jurídica para a aplicação direta dos precedentes obrigatórios. Sendo assim, há que se ter atenção com relação à figura dos embargos de divergência, prevista pelo art. 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça<sup>144</sup>.

A Constituição, ao estabelecer que cabe ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da interpretação da lei federal, ao mesmo tempo já define a eficácia vertical obrigatória das referidas decisões, ou seja, define que os tribunais inferiores estão vinculados a ditas decisões; no entanto, não se pode dizer o mesmo com relação à eficácia horizontal das decisões das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, já que uma Turma não está vinculada às decisões de outra. Caso haja divergência de interpretação entre uma Turma e outra, ou entre uma Turma e a Seção, a parte está autorizada a ingressar com embargos de divergência<sup>145</sup>, o que demonstra a falta de cultura do sistema brasileiro com relação à aplicação de precedentes obrigatórios.

Assim, uma parte que obtém determinada decisão de uma Turma do Superior Tribunal de Justiça, sabendo, de antemão, qual é a jurisprudência dominante de outra Turma do mesmo tribunal, tem a faculdade de ingressar com embargos de divergência, visando à reforma de sua decisão. Obviamente

---

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 494.

<sup>144</sup> “art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos”.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.

que tal expediente não está contribuindo em nada com a busca da tão almejada coerência jurídica.

Importante ressaltar, porém, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se deu conta da importância desta questão, como se percebe da leitura do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432-RS:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, neste mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a Justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde o sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”.

Neste sentido, chega-se à conclusão de que a teoria dos precedentes obrigatórios precisa, em um primeiro momento, ser amadurecida no interior da cultura jurídica do país, para que posteriormente possa passar a ser aplicada no cenário do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, como visto, é necessário que a *ratio decidendi* das decisões acerca da uniformização da interpretação da lei federal sejam vinculantes aos tribunais inferiores, para que se possa, em respeito à Constituição, emprestar coerência e segurança jurídica ao sistema; no entanto, enquanto não houver eficácia horizontal das decisões das Turmas, não há falar em coerência do sistema, já que os tribunais inferiores estão tão vinculados a uma Turma quanto a outra, as quais podem ter interpretações divergentes com relação à mesma questão infraconstitucional.

## 2.2.2 A técnica de resolução dos “recursos repetitivos”

Em 2008 o Código de Processo Civil foi alterado, introduzindo-se no sistema jurídico brasileiro uma nova técnica, elaborada para solucionar os chamados “recursos repetitivos”<sup>146</sup>. O surgimento desta técnica no Brasil vem, uma vez mais, reforçar aquilo que já vem sendo enfatizado ao longo do trabalho: não há entre nós cultura jurídica para a aplicação pura e simples da teoria dos precedentes obrigatórios. Se houvesse, a técnica de solução dos recursos repetitivos não seria sequer necessária. Vejamos.

O art. 543-C do Código de Processo Civil<sup>147</sup> estabelece que, quando houver multiplicidade de recursos versando sobre mesma questão de direito, deve o presidente do tribunal selecionar um ou mais recursos e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais casos suspensos até pronunciamento deste órgão.

Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo legal estabelece que, não sendo adotada a providência anterior, pode o relator do caso no Superior Tribunal de Justiça determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, caso identifique que sobre a referida controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado.

Ora, se os “recursos repetitivos”, fundados em idêntica questão de direito, dizem respeito à interpretação de determinada lei infraconstitucional, caso a teoria dos precedentes obrigatórios fosse respeitada, bastaria esperar que tal controvérsia chegasse ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que acabaria acontecendo inevitavelmente via recurso especial. Como era de se esperar, o Superior Tribunal de Justiça acabaria

---

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.

<sup>147</sup> “art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º. Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.

uniformizando, nos termos da sua competência constitucional, a interpretação da questão de direito envolvida. Neste caso, estaria formado o precedente obrigatório, cabendo aos tribunais inferiores a sua aplicação, caso, repito, houvesse tal cultura entre nós<sup>148</sup>. Como não há, valemo-nos da técnica de resolução de recursos repetitivos.

Da mesma forma, com relação ao § 2º do referido dispositivo legal, não há sentido em determinar que o relator no Superior Tribunal de Justiça deva suspender o recurso caso identifique que sobre a matéria haja jurisprudência dominante. Ora, se há jurisprudência dominante sobre a controvérsia, mormente aquela desenvolvida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, já deveria haver precedente obrigatório sobre o caso. E basta que exista precedente para que os tribunais inferiores o apliquem obrigatoriamente, sem a necessidade de interposição de recurso especial com este mesmo fito.

Percebe-se, desta forma, que a técnica de resolução dos chamados “recursos repetitivos” não foi elaborada no Brasil em consonância com a técnica dos precedentes obrigatórios. Na verdade, é até natural que assim o fosse, uma vez que, como já enfatizado várias vezes ao longo do trabalho, não há entre nós cultura jurídica para tanto.

Todavia, se realmente quisermos alcançar coerência e segurança jurídica em nosso sistema jurídico, importante que comecemos a abrir nossos olhos para a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes em nosso sistema. Não se quer uma aplicação pura e simples, mas, pelo contrário, uma adaptação da teoria dos precedentes do sistema de *common law* para o interior do nosso sistema, respeitando a nossa tradição histórica e cultural.

---

<sup>148</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 497.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo demonstrar que a teoria dos precedentes obrigatórios pode e deve ser aplicada no interior do ordenamento jurídico brasileiro. Obviamente que tal aplicação não pode e não deve ocorrer de maneira automática, mas devem ser levadas em consideração todas as peculiaridades da tradição jurídica brasileira.

Neste diapasão, a análise feita pelo trabalho em apreço pretendeu demonstrar que a teoria dos precedentes obrigatórios foi originada no seio da família de *common law*, ao passo que o direito brasileiro descende da tradição jurídica romano-germânica. O enfoque destinado à teoria e prática do direito em cada uma das referidas famílias de direito não é o mesmo, o que nos leva à conclusão de que os institutos e fontes de direito também não são os mesmos no interior de cada uma destas famílias de direito.

No entanto, pretendeu-se demonstrar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, os quais representam os tribunais supremos do Brasil, possuem missão constitucionalmente prevista de aplicar o direito a toda a sociedade brasileira, e não apenas a este ou aquele cidadão em particular. Por este motivo, as decisões de tais tribunais devem ser pautadas pela busca da coerência e segurança jurídica do sistema jurídico como um todo. Daí se percebe que as suas decisões devem ser voltadas a toda a sociedade.

Para que isto seja possível, no entanto, é necessário que os magistrados dos tribunais inferiores se encontrem vinculados às decisões dos referidos tribunais superiores. Tal vinculação somente pode ser alcançada se levarmos em consideração a teoria dos precedentes obrigatórios, ou seja, se atribuirmos eficácia vinculante aos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Não basta que à coisa julgada das decisões dos tribunais superiores seja atribuída eficácia *erga omnes*, porquanto a coisa julgada só torna vinculante o dispositivo da decisão. Por outro lado, é necessário que a fundamentação das decisões seja vinculante, ou seja, que se atribua o devido valor à *ratio decidendi* das decisões dos tribunais superiores.

Além disso, como foi enfatizado ao longo do trabalho, percebe-se que o Brasil não possui cultura jurídica para a aplicação pura e simples da teoria dos precedentes obrigatórios, eis que o juiz ainda é visto entre nós com relativa desconfiança, o que constitui herança do sistema romano-germânico, que atribuía unicamente ao Legislativo a tarefa de criação do direito.

No entanto, é chegada a hora de colocar definitivamente em cheque o paradigma do racionalismo e a crise do legislativo, encarando o fato de que o juiz tem papel fundamental na interpretação das leis e na tarefa criadora do direito. Para tanto, faz-se necessário que a teoria dos precedentes obrigatórios seja introduzida de maneira crítica no interior do sistema jurídico brasileiro, não apenas como uma mera importação, mas com as adaptações necessárias para que o sistema jurídico brasileiro seja aperfeiçoado, e não destruído por completo.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 23/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869 de 1973. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 23/10/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987/DF. Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 21 de maio de 2004. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em 24/11/2011.

\_\_\_\_\_. Reclamação nº 2.363/PA. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 01 de abril de 2005. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em 24/11/2011.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

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

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia – o Paradigma do Racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

\_\_\_\_\_. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

GALGANO, Francesco. *La globalización em el Espejo del Derecho*. Traduzido por Horácio Roitman e María de la Colina. 1ª Edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução Regina Célia de Oliveira – São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil, Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida, *John Locke e o Individualismo Liberal*, in ("Os Clássicos da Política", org. Francisco C. Weffort, Ed. Ática, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europea and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969.