

Transições

Centro Universitário Barão de Mauá

<https://doi.org/10.56344/2675-4398.v3n2a2022.4>



Título

Os precedentes judiciais e sua aplicação no *civil law*

Autor

Robinson Miguel da Silva
Alcides Belfort da Silva

Ano de publicação

2022

Referência

SILVA, Robinson Miguel; SILVA, Alcides Belfort. Os precedentes judiciais e sua aplicação no *civil law*. **Transições**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 2, 2022.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO CIVIL LAW

JUDICIAL PRECEDENTS AND THEIR APPLICATION IN CIVIL LAW

Robinson Miguel da Silva*
Alcides Belfort da Silva**

Resumo: O presente trabalho tem como escopo apresentar a teoria dos Precedentes Judiciais e a importância de sua aplicação para a promoção dos direitos constitucionais, apreciando a experiência advinda do *commom law*, adaptando aos dogmas do *civil law*. A segurança jurídica e previsibilidade pode ser considerado elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, não há que se falar em sistema justo sem o respeito aos dogmas fulcrais da nossa Constituição, como os direitos sociais e individuais, juntamente com a igualdade e justiça, os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundado na ordem interna juntamente, e a solução pacífica dos litígios, sendo parte integrante do preambulo da Constituição. Portanto, necessário estudar meios que possibilitem a promoção e efetividade de tais direitos resguardados. Neste contexto, a teoria de Precedentes Judiciais, em especial após o advento do Código de Processo Civil que ratificou a aplicação desse instituto, pode ser um importante instrumento para a promoção da segurança jurídica, previsibilidade das decisões, e igualdade processual. Desta maneira, não há como se limitar a importância de tal sistema, mesmo levando em consideração que não existe um sistema jurídico puro, visto que diversos doutrinadores entendem que hoje estamos diante de um sistema misto, atribuindo as melhores características do *commom law* e do *civil law* buscando o melhor aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Segurança Jurídica; Efetividade.

* Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Barão de Mauá de Ribeirão Preto – CBM. Contato: robinsonmiguel7777@gmail.com

** Advogado OAB/SP, Doutorando em Tecnologia Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação da UNAERP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor de Graduação no Centro Universitário Barão de Mauá – Contato: belfortalcides@gmail.com

Abstract: The present work aims to present the theory of Judicial Precedents and the importance of its application for the promotion of constitutional rights, appreciating the experience departing from common law, adapting to the dogmas of civil law. Legal certainty and predictability can be considered an inseparable element of the Democratic Rule of Law, there is no need to speak of a fair system without respect for the central dogmas of our Constitution, such as social and individual rights, together with equality and justice, the supreme values of a fraternal, pluralistic and unprejudiced society, founded on internal order together, and the peaceful settlement of disputes, being an integral part of the preamble of the Constitution. Therefore, it is necessary to study ways that enable the promotion and effectiveness of such protected rights. In this context, the theory of Judicial Precedents, especially after the advent of the Code of Civil Procedure that ratified the application of this institute, can be an important instrument for the promotion of legal certainty, predictability of decisions, and procedural equality. Thus, there is no limit to the importance of such a system, even taking into account that there is no pure legal system, since several indoctrinators understand that today we are facing a mixed system, attributing the best characteristics of common law and civil law seeking the best to jurisdictional.

Keywords: Judicial Precedents; Legal Certainty; Effectiveness.

BREVE HISTÓRICO SOBRE OS PRECEDENTES

Os precedentes judiciais normalmente são utilizados na prática cotidiana para conceituarem hipóteses que juridicamente não são consagrados neste instituto, como jurisprudências ou decisões emanadas de um órgão superior. Porém, de plano, antes de apreciar as especificidades que regem a teoria dos Precedentes Judicial, e necessário estabelecer, ou, conceituar de forma correta o termo precedente, evitando qualquer dúvida que se possa pairar sobre o instituto.

Os doutrinadores brasileiros possuem certo parecer consensual quanto à definição principiológica de “precedente”. Para Evaristo Aragão (2012, p. 145) precedente judicial deve ser entendido como “um pronunciamento judicial que, por sua autoridade e consistência, deveria

ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes”.

Para o doutrinador e defensor da utilização dos precedentes também no *civil law*, Marinoni (2016) afirma que “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.

Neste diapasão, necessário se faz trazer algumas características para que o aplicador do direito possa identificar as singularidades que diferenciam o precedente judicial dos demais provisionamentos judiciais, que facilmente pode ser confundido com súmulas, jurisprudências, ou até mesmo uma decisão judicial corriqueira.

De plano, notável ponderar que um precedente não é uma simples decisão proferida por um Tribunal que tenha a jurisdição necessária para prolatar tal, visto que a decisão deve ser apresentada com certos e específicos efeitos, contribuindo para a capacidade de formar uma posição que seja paradigma perante os demais Tribunais e magistrados, devendo estes, observar o posicionamento, e observá-lo ao estar perante decisões análogas, ressalvado as exceções que serão tratadas no presente trabalho.

Na formação do precedente judicial, necessariamente foram abordadas matérias de direito, ou seja, o que cria o precedente não são as discussões sobre os fatos ocorridos no caso em questão, a denominada *obiter dicta*, e sim toda a fundamentação legal aplicável ao caso, ou seja, a *ratio decidendi* do voto, que leva os julgadores a analisarem todo o conteúdo normativo, utilizando das diversas formas de interpretação para se chegar a um julgamento.

No entanto, não é somente discutir a matéria de direito no sentido de simplesmente interpretar a lei de forma a melhor aplicá-la ao caso concreto, um precedente, por vincular os demais Tribunais, deve levar a

discussão os principais argumentos atinentes ao tema, desta forma, poderão ser tratados os precedentes como um remédio a coletividade em geral, com seus efeitos *erga omnes*, ou contrário de uma discussão preceituada na solução isolada em um conflito com efeitos *inter partes*.

Neste sentido, explica Marinoni em sua obra Precedentes Obrigatórios, “Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos. (Marinoni L. G., 2017)”

Desta forma, podemos concluir que todo o precedente judicial advém obrigatoriamente de uma decisão, porém, nem toda decisão é considerada um precedente judicial.

O contexto acima narrado advém do sistema do *commom law*, mas no Brasil, diversas foram as alterações que objetivaram este respeito aos precedentes e o que fora julgado pelos Tribunais Superiores, advindas especialmente da Emenda Constitucional 45/2004 publicada em 31/12/2004, também conhecida como “A Reforma do Judiciário” pelas significativas mudanças decorrentes, onde dentre estas importantes

mudanças foi instituído o sistema de Repercussão Geral acrescentando o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

O sistema de repercussão geral é de suma importância para a promoção da segurança jurídica e celeridade com efetividade, quando analisadas sob o prisma de um determinado tema em específico.

Este sistema consiste na existência de um litígio que possui grande relevância no âmbito político, econômico, social ou jurídico, que ultrapasse os interesses das partes envolvidas no processo em questão, conforme o art. 1.035, § 1º, do NCPC, que ensejaria a suspensão de todos os processos no país que versem sobre o mesmo tema, possibilitando que um único julgamento possa servir de paradigma a serem observadas pelos julgadores.

Outra importante mudança promovida pela emenda supramencionada, foi a criação da Súmula Vinculante, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, que em suma tem o objetivo de evitar quaisquer decisões pela via de interpretações dissonantes das prolatadas pelo STF e que tenha sido pacificado entendimento na matéria em questão, tornando as decisões dos Tribunais mais previsíveis, e contribuindo para a segurança jurídica como um todo, inclusive, oportunizando celeridade ao procedimento.

¹ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

² § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

³ 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

Doutra forma, o próprio legislador ao elaborar o CPC de 2015, seguindo esta tratativa pela busca da celeridade processual, segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, elencou no art. 332 do mesmo diploma, as hipóteses em que sequer seria necessário a fase instrutória do processo, julgando liminarmente improcedente se contrariado tais determinações..

Destarte, mais recentemente houve a Emenda Constitucional nº 125/2022, com a chamada “PEC da Relevância” que estabeleceu novos parâmetros para o conhecimento do recurso especial, ao estabelecer no art. 102, §24 a necessidade de demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional.

Common law

Historicamente, podemos ver a clara distinção entre as origens dos sistemas *common law* e *civil law*, onde após posicionarmos sua criação diante das circunstâncias de seu tempo, *verbi gratia*, culturais, políticas, modelo de governo à época, quais eram as invocações dos cidadãos, a atuação do poder em face dos governados dentre diversas outras causas que podemos atentar e compreender os motivos para sua idealização, mesmo que no presente século com os modelos de democracia vigentes, talvez possamos entender que o governo de então não seria o ideal, mas, nas palavras de Rousseau, existem diversas formas de governo, devendo se escolher aquele que melhor se adapte ao Estado⁵.

⁴ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

⁵ Jean-Jacques Rousseau: *The Social Contract or Principles of Political Right* 1762

O *common law* é um sistema que segundo estudiosos, se iniciou após a conquista Normanda entre 911 e 1204 D.C, nesta data podemos atribuir o término das sociedades tribais sem sistema jurídico perceptível, e a implantação dos feudos para uma sociedade dita como feudal na Europa, sendo instituído o modelo de governo com base na experiência da Normandia através dos Tribunais Reais de *Westminster*.

Neste sentido, o *common law*, foi se aperfeiçoando na Inglaterra, onde partindo de uma visão temporal, foi mantido ao longo do tempo, inclusive após a revolução gloriosa de 1688, que possuía como principal objetivo, a luta contra o absolutismo do rei e conter as abusividades dos monarcas.

Nesta luta, os juízes sempre foram aliados ao parlamento, assim, ao contrário do *civil law*, não foi necessário estabelecer de forma estrita um “*bouche de la loi*”, e sim a força do direito comum.

Inclusive, na revolução que a antecedeu, a Revolução Puritana iniciada no ano de 1640, não objetivava a desconstrução do direito como ali estava posto, vez que, como podemos verificar na história não era esta a luta fulcral, de maneira que pautou cada vez mais o *common law* contra o absolutismo do rei.

Na revolução gloriosa foi instituído o “*supremacy of the Parliament*”, passando ao início do período da monarquia constitucional. Este instituto, foi utilizada pelo Reino inglês para que pudesse controlar as cartas editadas pelas colônias subordinadas à sua jurisdição, que podem ser consideradas como as primeiras constituições escritas destas já que vinculavam e regularam o sistema judiciário das colônias.

Após essa revolução, e a conseqüente instauração do instituto da supremacia do parlamento inglês, as colônias não poderiam em hipótese alguma formular por meio das leis coloniais qualquer ato que fosse contrário ao já editado pelo parlamento.

Assim, na hipótese de existir alguma norma editada que fosse dispare aos interesses já manifestados pelo parlamento, era objeto do *judicial review*, que em suma, controlava os atos judiciais das colônias, principiando o controle de constitucionalidade e o início da *supremacy of the judiciary*.

Nos Estados Unidos, após a revolta com os tributos exigidos pela Inglaterra em 1773 e a Declaração de Independência das 13 colônias em 1776, recordemos que as 13 colônias faziam parte da Inglaterra, sendo assim, eram regidas pelas cartas de acordo com a supremacia do parlamento, sendo substituídas pelas novas Constituições encabeçada pelo presidente George Washington.

Teoria declaratória e constitutiva da jurisdição

Ao tratarmos do sistema *common law*, principalmente na Inglaterra, inexistia a possibilidade de não adentrar as lições de William Blackstone em sua obra “*Commentaries on the law of Englanda*” quanto a teoria declaratória, e Jeremy Bentham em “*Truth versus Ashhurst, 1843*” e John Austin em “*Lectures in jurisprudence, or the philosophy of positive law, 1911*”, quanto a teoria constitutiva.

De plano, nos primórdios do *common law*, Blackstone defendia que o juiz exclusivamente declarava o direito em suas faces, fundamentando que existiria o direito não escrito, como é o caso dos usos, costume gerais, embarcando os estabelecidos, as regras, e os costumes particulares, que corresponde a jurisprudência de hoje, de cada corte, este direito não escrito era denominado como *lex non scripta*, por outro lado, o direito escrito, como é o caso das leis, cartas e demais instrumentos formulados, foi apresentado como *statute law*.

Ou seja, nesta visão, o *common law* estaria acostado diante dos costumes gerais dos povos, já existindo na sociedade, desta forma, o juiz

ao tratar de um caso concreto, não estaria criando o direito, e sim apenas declarando algo que os cidadãos do local, seja na modalidade de costumes específicos ou gerais, praticam em relação a certos fatos que implicam na relação jurídica.

Inclusive, segundo este mesmo autor que sustenta essa teoria declaratória, as “*decisões das Cortes Constituíaam do que o common law é*” (Blackstone, William. Op. cit., p. 86), assim o julgador estava limitado a declarar o direito fixado em precedentes e em suas atribuições originárias, não poderia criar direito, esta, ao nosso ver, deu ensejo ao *civil law* puro como primeiramente pensado após a revolução francesa.

Diametralmente oposta, e até mesmo hostil, Bentham e Austin realmente sentenciaram essa teoria ao profundo desuso, já que em suas obras, Bentham comparou a teoria com método de treinamento de cachorros, até chamando-a de *dog law* (William Tait, 1843. vol. 5, p. 231-238), já Austin sendo mais brando nas expressões, se posicionou dizendo que seria uma mera ficção infantil (Austin, John. 5. ed. rev. London: JohnMurray, 1911. vol. 2, p. 634).

Para estes últimos, o juiz possuía o *law making authority*, ou seja, ao serem detentores de autoridade jurisdicional, detinham o poder para criar o direito por meio dos precedentes judiciais, fazendo valer o produto da vontade do julgador.

Diante destas exposições, necessário afirmar que não há consenso na aplicação dessas teorias, já que no *common law*, se discutia os vieses que uma decisão tomaria, ou qual seria o significado da função jurisdicional. Desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava, discutindo assim, a teoria da jurisdição (WESLEY. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73).

Pertinente certificar que os juízes à época destas discussões preferiram ficar com a teoria declaratória por mera formalidade e facilidade, já que não pretendiam se dar o ônus de criar o direito por

meio dos precedentes e interpretação, até mesmo considerando que no momento vivido, em que decisões meramente retroativas, eram vistas como antidemocráticas.

No entanto, conforme a história ensina, a utopia de um sistema sem quaisquer leis, apenas afirmando que o juiz cria o direito não seria em todo aceito, inclusive, hoje podemos verificar que não existe um sistema puro tanto no civil law como no *common law*, onde cada vez mais eles estão indo para um sistema misto com lei escritas e criando direitos com base nos costumes.

Stare decisis

A base da aplicação do *stare decisis* na Inglaterra, se consolidou séculos depois da instituição do *common law* como sistema jurídico, mais especificadamente no século XIX após a exposição doutrinárias dos mesmos autores que defendiam a teoria constitutiva supramencionada, quais sejam Bentham e Austin.

No entanto, em que pese se dê a estes autores as primeiras manifestações favoráveis a *stare decisis*, no sentido de existir como princípio apto a confirmar uma estabilidade nas emanações do poder judiciário, porém ao mesmo tempo, prestigiar o desenvolvimento do direito em face às alterações da sociedade, não foi a primeira aparição desta tese, mesmo que não explicitamente.

No final do século XVIII, a *House of Lords* decidiu o caso “*London Tramways v. London County Council*” que por doutrinadores experientes, tratam como o cume da vinculação do próprio tribunal às suas decisões, possibilitando a aplicação dos precedentes pela via horizontal, constituindo assim suas decisões como precedentes eternamente vinculantes, onde em um primeiro momento, inexistia possibilidade da *House* revogar seus precedentes mesmo que os aplicadores

constatassem que diante do caso concreto estaria sendo feito uma injustiça.

O termo *stare decisis* advém de uma expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa em resumo, não alterar a decisão, mantendo-a como se encontra, vinculando o Judiciário, por meio do precedente, em ordem vertical como horizontal, esta é a posição adotada por diversos doutrinadores no *common law*, v.g, Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg.

No entanto, diverge dessa doutrina Frederick Schauer, para quem, *stare decisis* e precedente são coisas distintas, sendo que a obrigação de um Tribunal de seguir decisões prévias da mesma corte é definida como *stare decisis*, e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto ao *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior.

Temos o consenso de que nas mais diversas doutrinas podemos retirar o fato incontestável de que a *stare decisis* vincula o Tribunal às suas próprias decisões, porém, existem limitações a serem aplicadas.

Campbell em seu livro *The Law of Judicial Precedents*, afirmou que uma decisão não pode fazer autoridade sobre os julgadores em qualquer situação de direito controvertida que não tenha sido decidida pela Corte, e que não tenham sido levadas em consideração, mesmo que estivessem de forma lógica, presentes no caso concreto, e sua análise poderia alterar a decisão caso fossem apreciadas pelo juiz (Campbell, 1912).

No demais, o *stare decisis* existe com o condão de garantir segurança jurídica e previsibilidade na própria corte, contribuindo assim para a solidificação jurisdicional, se assim o podemos dizer, do *common law*, evitando a imprevisibilidade, considerando que o juiz neste caso cria o direito, possibilitando a segurança jurídica, porém ele não surgiu para

este motivo especificadamente, nestes termos, os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Civil law

Diferentemente do experimentado pelo *common law* em sua trajetória histórica, onde o judiciário não se opôs ao parlamento na luta contra os excessos de poder dos monarcas, não se confundindo, na experiência histórica do *civil law*, se deu em momento totalmente o oposto, onde se dizia que os juízes estavam ao lado do rei e em favor ao absolutismo que fez surgir as distintas concepções do que seria o melhor aplicável ao momento.

A tradição pura do *civil law* baseia-se em dogmas por assim dizer advindos da Revolução Francesa de 1789, que se buscava por meio da guerra destituir o absolutismo do rei, no entanto, os juízes no entender dos revolucionários estavam ao lado dos governantes absolutistas, assim, esses não mereciam confiança, daí surgiu a ideia de que o aplicador do direito seria totalmente vinculado à lei, não podendo interpretá-la ou distorcer o texto original, assim, surgiu na modernidade a defesa ao sistema *civil law*.

Portanto, a lei é o ponto fulcral do sistema *civil law*, daí o uso da expressão juiz "*bouche de la loi*", o objetivo era limitar o juiz a simplesmente dizer o direito, verificando os fatos narrados pelas partes e encaixando ao conteúdo legal.

Desta proibição surgiu na França a necessidade de instauração de um órgão especial que não poderia fazer parte do judiciário para proceder com a cassação de interpretação incorreta, assim foi pensada na *Cour de Cassation*, necessário salientar que esta corte não tinha o papel de estabelecer a correta interpretação, e sim apenas cassar a

decisão que não seguiu o conteúdo vigente, podendo ser este o início histórico das cortes supremas.

No entanto, é claro ver o porquê da utopia do juiz simplesmente buscar artigos de lei e aplicar seria em pouco tempo revogado, já que de forma simples podemos analisar que nenhum legislador pode prever todas as situações jurídicas por completo.

Neste sistema, a certeza para a previsibilidade e segurança jurídica estaria na estrita aplicação da lei sem qualquer interpretação, sendo expresso na Lei Revolucionária de 1790 em seu título II, art. 10º que, “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo”.

Caso a lei fosse conflitua ou confusa, mesmo assim o juiz não poderia interpretar a lei, mas deveria submeter ao Legislativo para realização da interpretação autorizada no chamado *référé législatif* facultativo, ou seja, em hipótese alguma o Judiciário poderia controlar ou rever os atos legislativos ou administrativos, conforme art. 12 do mesmo título, “Reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei”.

Da interpretação da norma no *civil law*

Como visto, o *civil law* em sua forma pura, possuía o dogma de que o juiz apenas poderia aplicar o direito em face da lei já escrita e codificada, sendo imprescindível à certeza jurídica, talvez proporcionado pela lição de Montesquieu⁶ quando disse que se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são

⁶ Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis.

assumidos. No entanto, com o passar do tempo se observou que isso não seria passível de convalidação dados suas complicações.

Desta forma, foi necessário se flexibilizar o conceito puro e permitir ao juiz tornar o julgamento mais justo e não ficar restrito ao texto legal, inclusive ao estar presente lacunas jurídicas, mas partindo dele. A doutrinadora Maria Helena Diniz em sua obra Teoria Geral do Processo, ensina que a interpretar a lei consiste em buscar seu significado e fixar seu alcance, podendo ser feito nos mais diversos aspectos que são chamados de métodos de interpretação (Diniz, p. 131, 2014).

A interpretação é feita por meio da hermenêutica jurídica, que consiste na ciência que se dedica ao estudo e interpretação das leis e códigos, buscando a real finalidade da norma muitas vezes utilizando outros parâmetros fora o que realmente esta escrito, a saber, a essência, afirmando seu significado e suas finalidades de acordo com as causas de sua elaboração e o momento histórico em que a norma foi editada, aplicando ao presente com base nos anseios sociais, englobando todo o conjunto jurídico global.

Neste sentido, a interpretação pode ser declarativa quando a interpretação atribui à lei a exata dimensão normativa quanto ao seu texto sem ampliar ou restringir seu conteúdo; extensiva quando considera que determinada norma pode ser aplicada a certos casos mesmo a lei não abrangendo, chamada também de *lex plus voluit quam dixit*; restritiva quanto se limita o âmbito da aplicação à um círculo mais fechado de situações, *minus voluit quam dixit*; e também podem ser as interpretações serem *ab-rogante*, quando se conclui pela inaplicabilidade da lei por manifesta incompatibilidade absoluta entre dois preceitos legais, ou entre uma lei e um princípio geral do ordenamento jurídico.

Nesta mesma intenção de permitir ao juiz a aplicação do direito de forma justa, é que possui relevâncias as normas de conteúdo aberto,

permitindo ao juiz o poder de adaptação da legislação ao caso concreto e as novas realidades e valores que constantemente se alteram.

Isto surge também, conforme já apresentado supra, de que manifestadamente impossível o legislador prever todas as relações jurídicas materiais possíveis dentro de uma sociedade, já que elas se transformam diariamente e podem ser aplicadas de formas dispares a depender do caso concreto.

Assim, o juiz que está diante de conceitos indeterminados como é o caso da justiça gratuita, fica a critério dele valorar entre os bens jurídicos e as provas, para deferir ou não o quanto requerido pelas partes no processo judicial.

Interpretação classificada quanto à fonte e quanto aos meios

Quando se está diante de uma necessidade de interpretação da norma jurídica pelo aplicador do direito diante do caso sub judice, pode se valer de diversos modos de interpretação, como é o caso das fontes em tratando da interpretação autêntica, doutrinária e judicial, correlacionados com os meios de interpretação classificados em gramatical, racional, sistemática, histórica e reológica, os quais serão superficialmente tratados a seguir conforme os ensinamento de Reis Friede em seu artigo Interpretação da Norma Jurídica publicada na Revista Tributária e de Finanças Públicas vol.15/1996.

Para este autor, a interpretação autêntica nada mais é do que a posição do legislador ao editar a referida norma, onde este dá superficiais depoimentos sobre os trabalhos preparatórios da lei e da realidade social inserida quando esta foi imaginada.

A interpretação doutrinária se dá em momento mais específico e focado, onde o jurista por meio de tratados, compêndios, comentários

sobre a legislação atribui à norma, sua interpretação doutrinária, aliás, estes possuem variado campo de estudos, vez que conhece a profundidade do direito, tendo talvez, uma melhor visão sobre a aplicação técnico-jurídica e suas dificuldades na vida prática, diferente da autêntica já que o legislador é um representante do povo e pode ser que não conheça a prática jurídica.

Já a interpretação judicial, é aquela feita por aqueles que possuem a profissão de aplicar a lei, como é o caso dos juízes em *lato sensu*, e ao contrário das demais expostas, essa é obrigatória sua exposição nas sentenças e acórdãos.

Quanto às fontes, referente ao meio de interpretação gramatical consiste no primeiro método empregado quando se busca o real sentido da norma, ela deve ser feita como o próprio nome já delimita, através da leitura implícita no texto legal, comparando às regras gramaticais à época de sua elaboração.

A racional, deve ser analisada imediatamente após a gramatical, mesmo na hipótese de esta efetuar uma aparente solução, esse meio é dividido em cinco componentes os quais podemos passar em forma de expressões não muito conhecidas, como *mens legislatoris*, *mens legis*, *ocasio legis*, *argumento a contrario sensu* e o *argumento a fortiori*.

O argumento de *mens legis* demanda analisar o objetivo precípua do legislador independentemente de suas intenções, quanto ao *mens legislatoris* procura conhecer o que o legislador gostaria de dizer diante da norma sem levar em conta o que registrou no texto legal, o *ocasio legis* tem como utilização o argumento de que deveria ser levado em conta o momento fático vivido pelo criador da norma e não a intenção ou outros objetivos.

Por outro lado, o argumento a *contrário sensu* para o autor, tem-se no fato de que a lei sempre faculta a conclusão pela execução, após a regra hermenêutica de que as exceções devem vir sempre antes,

possibilitando admitir proibições interpretando que não está na lei. Diferente do argumento a *fartiori* que vem da máxima de que, quem pode o mais pode o menos.

Outra interpretação utilizada é a sistemática, ela traduz-se em utilizar da ótica de sua localização junto ao direito tutelado, para resolver conflitos de normas, comparando o direito à outras normas que tratam do mesmo objeto material, deixando de lado a interpretação isolada.

O meio histórico é autoexplicativo, não necessitando de pesadas observações, equivale a considerar a evolução histórica da lei ou ordenamento jurídico na própria redação do texto, buscando o cerne da questão. Passando ao último meio de interpretação, a teológica, esta é conhecida também pelo nome de sociológica, onde se busca esclarecer a norma com a aplicação na sociedade em que foi objetivada inicialmente, desta forma, deve ser observada em último plano, já que deturpa o real significado.

Passados estas informações especiais quanto aos tipos de interpretação, quanto aos meios e quanto às fontes, também temos a interpretação quanto ao resultado, que pode ser declarativa, extensiva ou restritiva a depender do que está se tratando.

A interpretação declarativa seria quanto o legislador objetivou dizer exatamente o que está escrito, sem quaisquer vícios de aplicação, ou seja, o *mens legis* já visto mais acima, é exatamente igual ao *verbal legis*, já a extensiva se dá quando ocorre real desequilíbrio entre as duas expressões mencionadas, o legislador diz menos do que era desejado então a é aplicado de forma extensiva ao escrito, ao contrário da restritiva, onde o *mens legis* é menor que a outra afirmativa.

Outrossim, quanto as formas de interpretação, necessário apresentar o impacto do constitucionalismo no *civil law*. Tal impacto se trata determinado movimento histórico que se arrastou pelos diversos anos da história, desde a antiguidade clássica até a idade

contemporânea ora vivida, que representa uma técnica de limitação do poder para fins garantísticos, e no fundo, uma teoria normativa política tal como a democracia ou a teoria do liberalismo (Canotilho, p. 51, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*).

Diversos foram os marcos históricos que podemos mencionar como imprescindíveis para o correto sopesamento da instauração do constitucionalismo moderno na idade contemporânea, o qual tem maior relação com o *civil law*.

O constitucionalismo moderno possui suas raízes históricas na Constituição Americana de 1787, após a revolução e proclamação da sua independência, e com a Constituição Francesa de 1791 com preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na presença do iluminismo neste Estado, sendo declarado o povo como titular do poder. Urge salientar que não foram estes os únicos movimentos históricos constitucionais, mas com destaque o *Petition of Rights (1628)*, o *Habeas Corpus Act (1679)*, passando pelo norte-americano com os contratos de colonização, até chegar ao ora tratado.

Neste sentido, ao se observarem uma maior concentração de constituições escritas, e rígidas, não permitindo alterações por legislação ordinária, sendo necessário todo um procedimento extenso o qual não é objeto deste trabalho, as leis perderam seus status de supremacia conforme concebido no *civil law* puro, sendo substituídas pelas Constituições dotadas de eficácia plena. Assim, a atividade legislativa sempre encontrará entraves, ou melhor, limites a serem observados com base no conteúdo normativo constitucional ou nos próprios princípios, podendo ser objeto de controle no caso de irem contra esta.

Assim, não há dúvidas que o *civil law* pautado na prática suprema do legislativo teve diversas mudanças estruturais fulcrais em sua aplicação, após passar por este processo de transformação de concepção, já que o direito não estava mais na lei, e sim na própria

Constituição que regularia toda a produção legislativa, devendo sempre a lei ser contraprovada com a Constituição em sua criação e na sua aplicação.

PRECEDENTE OBRIGATÓRIO, PERSUASIVO E INTERPRETATIVO

Os precedentes judiciais inicialmente formulados na Inglaterra com a teoria antes vista do *judge make law* é concebida como uma fonte do direito ao lado dos costumes e eventuais leis, onde de forma clara podemos assinalar que, todo o precedente surge de uma decisão judicial, este representa o que a corte pensa sobre determinada questão.

Assim, ele orienta aos jurisdicionados sobre como agir nas relações, v.g, contratuais ou até mesmo pessoais, e obriga os juízes a aplicá-lo, seja na eficácia vertical ou horizontal, no sistema do *commom law* de maneira que pode ser tanto estendido à outras situações litigiosas, como também pode ser limitado conforme a necessidade do aplicador do direito.

Para constituir um precedente, não é necessário apenas a prolação de uma decisão, porém, é necessário estar presentes alguns requisitos para sua concretização, não bastando ser simplesmente a primeira por interpretar a norma, como mencionado supra. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto, até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos. (Marinoni, p. 135, ed. 2016).

Não apenas isso, para que seja dito como presente um precedente, é necessário que a maioria defenda uma questão de direito específica, de maneira que, no caso de uma corte solucionar um caso com base em fundamentos presentes na minoria, consideradas decisões plurais no

direito estadunidense, mesmo nas situações com a maioria dos votos, este não será um precedente. Ou seja, apenas haverá precedente quando o fundamento e não apenas o próprio resultado forem compartilhados pela maioria do colegiado.

Assim, pode-se dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina. (Marinoni, p. 135, 2016)

A teoria dos precedentes na realidade, é uma técnica destinada a estabilizar as interpretações e decisões emanadas de um respectivo Tribunal, vez que o vincula, seja no sentido vertical, seja no horizontal. No entanto, esta vinculação encontra sua intensidade graduada, tendo variações de um respeito integral como os sem qualquer conteúdo vinculatório, o qual passaremos a tratar de forma superficial e buscando mais conceitualmente trazer o seu significado.

Em primeiro plano, tratemos do precedente chamado de obrigatório, neste modelo, existe a maior taxa de vinculação, proibindo o juiz no *common law*, de resolver a matéria sob julgamento de forma contrária ao tribunal superior, também proibindo que o mesmo órgão de decidir de maneira contrária, negando o que já foi decidido, com a ressalva do *distinguished* que será tratado em momento oportuno.

Esta aderência muito rígida de um precedente apenas foi alterada na Inglaterra diversos anos após sua instauração, primordialmente após o *Statement* de 1966, o qual reconheceu que esta vinculação rígida poderia levar à uma injustiça diante do caso concreto.

Diferentemente do precedente com eficácia persuasiva, o qual é aplicado quando o juiz deve apenas considera-lo, ou seja, pode desconsiderar o mesmo caso tenha argumentos e fundamentação necessária que ateste a rejeição, como toda decisão no sistema brasileiro não pode deixar de estar acompanhada de fundamentação

correta, portanto, o precedente persuasivo por constituir um argumento da parte, da mesma maneira não pode ser simplesmente rechaçada sob pena de nulidade da decisão, conforme art. 97, IX da Constituição Federal.

Já o precedente interpretativo, ele é utilizado no *common law*, onde sua importância é conferir maior estabilidade às decisões judiciais e às relações jurídicas contratuais, por meio da interpretação do conteúdo legal.

EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL

Nesta altura do trabalho, se torna claro observar, principalmente com relação ao já explanado superficialmente nas exposições supra, que o precedente possui meios de eficácia que vinculam não só os juízes de primeira instância em face das Cortes Superiores, mas também a própria corte à suas decisões, esta eficácia é chamada pela doutrina de horizontal e vertical.

A eficácia horizontal dos precedentes se dá com o respeito às próprias decisões, ou seja, a corte que emana uma decisão, ou o juiz de primeiro grau que decide uma certa questão controvertida de uma forma, e futuramente estes ao estarem perante uma mesma situação, não podem simplesmente decidir ao seu bel prazer, já que o respeito à previsibilidade e segurança jurídica estão presentes em um Estado Democrático de direito, daí a necessidade de observância da horizontalidade do precedente.

Outrossim, a eficácia vertical corresponde à necessidade de respeito aos precedentes dos juízos inferiores às decisões dos Tribunais Superiores quando se tratar da mesma questão ou fato controverso.

Destarte, se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, ocorrerá um desserviço a nossas instituições, se os

integrantes da Corte não observarem as decisões que ajudaram a formar, estariam dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo, onde acontecendo isso, perde sentido a existência das Cortes (AgRg nos EREsp 228432, Min. Humberto Gomes de Barros).

DISTINÇÃO ENTRE *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTA*

Para compreender a aplicação dos precedentes judiciais é indispensável a compreensão dos institutos da *ratio decidendi* e *obter dicta*, já que sua apresentação no caso concreto é o que fará com os aplicadores do direito possam averiguar qual o fundamento que será utilizado como precedente, e qual a sua força como sistema vinculatório.

As razões de decidir (*ratio decidendi*) não possui um conceito aceito pela maioria dos doutrinadores, sendo por diversas vezes discutido no *common law* sobre qual o seu significado, tendo autores que preferem dividi-la em prescritiva e descritiva.

Porém, podemos trazer as doutrinas mais relevantes sobre o tema, com os métodos de Wambaugh em sua obra "*The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests, 1894*" e Goodhart em sua obra "*Determining the ratio decidendi of a case*".

No entender de Wambaugh, a *ratio decidendi* seria uma a regra geral em cuja ausência, o caso seria decidido de maneira contrária, defende como seria a aplicação até se encontrar a *ratio*, qual seja, primeiramente deve ser formulada a suposta proposição de direito, após deve adicionar nesta algo que inverta o seu significado, então, é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só haveria precedente se a resposta for negativa.

Neste sentido, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pela Corte, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*, a proposição com sentido invertido, portanto, outra proposição, faria com que o caso fosse decidido de outra maneira, porém, caso a nova proposição gerasse igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*. (Wambaugh, Eugene. Op. cit., p. 18)

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja apresentada mediante a apresentação de fatos tratados como fundamentais ou materiais no precedente. Goodhart explicitou o seu método em ensaio que apareceu publicado no Yale Law Journal em dezembro de 1930. Este ensaio, intitulado "*Determining the ratio decidendi of a case*", tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema no *common law*.

De acordo com este método, a *ratio decidendi*, em que lhe nomina como "*principle of a case*", não é encontrada nas razões estabelecidas na *opinion*. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos do caso, para Goodhart, a *ratio* é identificada mediante a consideração dos fatos tratados como materiais ou fundamentais, assim como por meio da análise da decisão que neles se baseou.

Melhor explicando, para ele é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais para decidir, porém, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou. (Marinoni, p. 138, 2016)

Levando estes pontos em consideração, podemos concluir que a *ratio decidendi* na verdade, corresponde ao cerne da questão decidida pelo Tribunal, as razões que levaram aos julgadores a decidirem daquela forma, é a solução de direito que o juiz apresenta, sendo desta maneira,

indispensável para alcançar a conclusão da matéria tida como controvertida.

Já a *obter dictum*, também podemos dizer que a discussão quanto ao seu conceito remonta a séculos de existência, igualmente ao anterior, onde podemos mencionar discussões do século XVII, tendo os doutrinadores utilizado de seu tempo para discutir qual seria a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*.

Para que seja identificada a *dictum* deve se ter em conta o que foi dito de passagem, ou seja, as passagens na decisão que não implicam no resultado prático da matéria e não são conectadas com os fatos do caso, as questões que não possuem relação com a matéria de direito controvertida e que não precisam ser apreciadas para se chegar à decisão concreta.

Concluindo, fazem parte da *ratio decidendi* as questões materialmente relevantes para a decisão, expressando a tese jurídica que qualifica a decisão, ao passo que, a *obter dicta* são os argumentos ditos de passagem, irrelevantes aos deslinde da causa.

MODELOS OPERACIONAIS E SISTEMÁTICA DOS PRECEDENTES

Diferente do que é defendido por alguns doutrinadores, com o maior respeito que se possa prestar a estes, ao nosso ver a teoria dos presentes não é algo que possa ser alterado sem quaisquer escrúpulos pelos julgadores, no sentido de que caso ocorra a mudança na composição de um tribunal ou corte, também mudaria o entendimento sobre determinada questão.

No mesmo sentido, não há que se falar em vinculação rígida sem qualquer juízo de ponderação aos juízes de primeiro grau na modalidade de vinculação vertical, ou mesmo com o próprio tribunal ou turma na vinculação horizontal, considerando que diante das especificidades da

causa, pode os juízes aplicarem institutos que evitem a injustiça aos que possuem a relação em questão.

Para que não ocorra estas problemáticas, existem mecanismos que possibilitam a melhor aplicação do precedente ao caso concreto em busca aos anseios sociais vistos no momento, dentre estes podemos citar os seguintes institutos que serão analisados pormenorizadamente, quais sejam, *distinguishing*, *overruling* e *anticipatory overruling*, *overruled*, *transformation*, *overriding*, técnicas de sinalização e distinção inconsistente, passemos a analisar.

Distinguishing

Como visto, a *ratio decidendi* é fundamental para identificação e posterior aplicação do precedente, daí a necessidade de diferenciar o que são meras informações de passagem, do que será as razões de decidir fundamentais que deram ensejo ao deslinde do feito.

Na prática jurídica, sempre estará diante de interpretações, seja de lei ou até mesmo dos precedentes, neste último, deve se verificar as circunstâncias fáticas entre a decisão paradigma (precedente) e o novo caso concreto, confrontando o que fora tomado em consideração no momento da formação do precedente e no caso que se pretende aplicá-lo.

Esta técnica de visualização é chamada de *distinguishing*, que trata de uma análise de distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente, e como já dito, atenta às diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente sob análise não se aplica ao caso sob julgamento.

No entanto, esta técnica não pode ser usada indistintamente, vez que todos os juízes poderiam simplesmente negar a aplicação de um precedente obrigatório apenas pelo fato de entenderem que o

precedente não se aplica àquele determinado procedimento, razão necessita de prudência e exige fundamentação como qualquer decisão.

Aliás, o juiz ao deixar de aplicar o precedente necessita demonstrar quais os fatos materiais que não se amoldam ao caso concreto, mencionando as justificativas que impedem a aplicação do precedente sob pena de nulidade por falta de fundamentação, já que não é qualquer distinção meramente imaterial, que possui o condão apto a afastar a tese jurídica mencionada nas razões de decidir da decisão paradigma.

Importante mencionar nesta altura, que a utilização da distinção não retira a força do precedente e nem possui este objetivo, não se questionando sua validade, hierarquia ou eficácia, o uso da técnica apenas revela que as especificidades do caso sub judice não possuem relação material com a *ratio decidendi* apresentada no precedente, entendendo que se seguir este, teria uma decisão injusta ou inadequada.

Desta distinção podemos verificar que o sistema dos precedentes na verdade não é meramente estático e vinculatório sem qualquer ponderação, já que torna maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito à realidade social vivida, sendo ao mesmo tempo, algo que permite a estabilidade do direito já que não pode ser deixado de aplicar sem fundamentação legal, e, acompanha as alterações do direito.

“Overruling,” “antecipatory overruling,” “pure prospective overruling” e “prospective prospective overruling”

Em toda experiência do *common law* na Inglaterra, desde os primórdios da conquista germânica até o século o início do século XXI, não existia a possibilidade da revogação de um precedente (*overruling*),

por mais que se entendesse que a decisão não acompanha a trajetória histórica daquele país.

Somente após a substituição da *House of Lords* pela recente criada *Supreme Court of the United Kingdom* através do Ato de Reforma Constitucional de 2005, com os inícios das atividades em 1 de outubro de 2009, começou a se falar em *overruling* naquele país, antes disso, a força vinculante dos precedentes era obrigatória e inquestionável.

A revogação de um precedente não é algo fácil de se verificar na prática, vez que é necessário diversos requisitos básicos, *verbi gratia*, os principais, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

Assim, um precedente está em vias de ser revogado na hipótese de deixar de corresponder aos anseios sociais e padrões esperados pela nova realidade do momento em que se está aplicando, um precedente perde a congruência quando passa a negar situações que são morais os quais são determinados pela sociedade sobre o que é certo e errado diante de determinada situação, a política caracteriza uma situação como boa ou má para o bem estar social, já as proposições de experiência descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.

Por outro lado, um precedente não possui consistência sistêmica quando deixa de apresentar coerência com outras decisões da corte, ou seja, quando esta decide mediante distinção inconsistente que veremos infra, apresentando resultados compatíveis com o precedente em questão, mas, fundada em proposições sociais incongruentes.

Já o *anticipatory overruling* possui relação com o *overruling*, considerando que o segundo é uma espécie do primeiro, com as únicas diferenciações de que aquele é um fenômeno indicado pelas Cortes, demonstrando aos jurisdicionados uma possível e provável revogação do precedente, permitindo uma maior previsibilidade nas decisões e

segurança jurídica, já que, após esta declaração, não pode mais o cidadão continuar exercendo o mesmo ato com consequência jurídicas que será alterado e posteriormente fundamentar uma falta de previsibilidade, enquanto o *overruling* é uma revogação direta, sem quaisquer antecipações.

Este procedimento é utilizado pelas Cortes de Apelação estadunidenses em relação à Suprema Corte, sendo necessário a presença de alguns fundamentos como o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte, tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado, ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes são associados à inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco, a percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava e a alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do entendimento dos Juízes (Marinoni, p. 178, 2018)

Diante dessas situações em que um precedente é revogado, temos uma problemática não menos importante de se observar, que é o momento em que começa a valer a revogação e se ela terá eficácia retroativa, e a eficácia geral plenamente prospectiva, admitindo que em determinados casos a irretroatividade da decisão em relação ao próprio caso em julgamento, o que exatamente se instaura o chamado *pure prospective overruling*, simplificando, a revogação não possui aplicabilidade ao caso sob julgamento.

Desta restrição de efeitos da revogação, alude-se também ao *prospective prospective overruling*, que é quando se posterga a produção dos efeitos da nova regra a certa data, mas necessário salientar que mesmo com estas modulações dos efeitos, em regra, a revogação possui efeitos retroativos.

Técnicas de sinalização

Chamado na experiência norte americana de *technique of signaling*, a técnica da sinalização é utilizada quando o tribunal não faz a distinção do precedente com o caso concreto, nem declara a revogação do mesmo, ela consiste quando o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado v.g não alcança os anseios da sociedade, porém, sob a ótica da previsibilidade e segurança jurídica, prefere sinalizar aos jurisdicionados que o precedente paradigma está desgastado e em vias de ser revogado.

Neste sentido, fácil a compreensão de que o tribunal continua a seguir o precedente, esclarecendo à sociedade que o mesmo não é confiável, possibilitando a adequação ao novo entendimento, inexistindo assim, qualquer problema relacionado a confiança legítima empreendida no precedente ou qualquer alegação de quebra da segurança jurídica, já que foram dadas as vias de que será revogado.

Importa frisar que caso o tribunal tenha apresentado estas comunicações de que um precedente pode ser revogado, quando efetivamente ocorrer o *overruling*, nas palavras de Marinoni, os efeitos não podem retroagir a momento anterior ao da decisão em que se fez a sinalização, já que os efeitos retroativos podem ser modulados (Marinoni, p. 171, 2016).

Doutra forma, situação curiosa a se apresentar seria no fato de que não é necessário a explicitação da Corte afirmando que está fazendo uma técnica de sinalização, mas ao analisar o conteúdo da decisão, estejam presentes as considerações necessárias que levam a identificação de um erro na *ratio decidendi* da decisão paradigma ou que não esteja de acordo com a nova realidade social em que se está atribuindo o caso concreto, que impeça sua utilização.

Transformation

Outra técnica utilizada no momento da aplicação dos precedentes é a *transformation*, onde a Corte deixa de aplicá-lo transformando ou reconfigurando seu conteúdo sem revogação.

De forma mais específica, ocorre quando o tribunal supera completamente certo entendimento, mas não anuncia de forma expressa que o faz, evitando implementar uma superação de precedente mesmo atestando que não é mais cabível de utilização, deixando a antiga *ratio* e originando uma nova.

Se bem analisarmos, podemos verificar que possui muita relação com o *overruling*, mas não se confundindo, já que tanto uma como outra admitem o equívoco na fundamentação ou raciocínio da decisão julgada, porém apenas a revogação expressa um erro de julgamento.

Overriding e Overroded

Também é utilizada na técnica americana os institutos do *overriding* e *overroded* que também não se confundem com a revogação já que não é revogado o precedente, com a transformação visto que não se consideram fatos relevantes os materiais de passagem atribuindo nova configuração, nem mesmo sinaliza uma revogação conforme as técnicas de sinalização.

Entende-se por *overriding* a limitação da incidência de determinado precedente, após a necessidade da Corte em compatibilizar esse com um entendimento posteriormente firmado, *overriding* poderia ser visto apenas como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao

entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente. (Eisenberg, Melvin. Op. cit., p. 133)

Já o *overroded* ocorre quando a Corte ou Tribunal revoga parcialmente o entendimento firmado em um precedente, como foi o caso da aplicação do princípio da confiança às ofertas de promessas e doações serem inexequíveis firmado nos anos 30 nos Estados Unidos.

Distinção inconsistente

Em alguns casos, não existe uma certeza pelo tribunal da necessidade de que um entendimento anterior deva ser revogado, daí a aplicação da distinção inconsistente que constitui uma espécie de passo provisório para a revogação deste.

Não ocorre uma revogação expressa, mas uma negação parcial do entendimento anterior, como ocorre no *overriding*, mas com diferenças substanciais, já que na distinção, realizada em face das razões que sustentam o precedente é inconsistente e no *overriding* a distinção é consistente com as razões que dão base ao precedente.

Neste sentido, esta distinção tutela a confiança formada em um precedente e favorece em favor da previsibilidade e segurança jurídica, já que deixa claro o fato de o precedente estar perdendo força e em vias de ser revogado.

REPERCUSSÃO POSITIVA COM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Após todas estas exposições quanto a aplicação dos precedentes judiciais, podemos finalizar que na sua correta aplicação pode em muito contribuir com o sistema judiciário em um todo, permitindo maior

previsibilidade das decisões, celeridade processual, segurança jurídica e continuidade da ordem jurídica.

Como primeira razão para seguir os precedentes judiciais, podemos arguir a segurança jurídica, que pode ser considerada indissociável do Estado Democrático de Direito, já que a doutrina considera tal princípio como expressão de um Estado de Direito, conferindo a este o princípio fundamental e estruturante do Estado.

Portanto, Desta, a segurança jurídica por mais que não esteja formalizada em um inciso da Constituição Federal, mesmo que não se possa atribuir como direito fundamental devidamente inscrito na Constituição, existem diversos incisos do artigo 5º da CF que tutelam tal direito, como; II princípio da legalidade, XXXVI inviolabilidade do direito adquirido da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, XXXIX princípio da legalidade; XL irretroatividade da lei penal desfavorável.

Assim, os cidadãos necessitam ter segurança de que o Estado agirá de determinada forma sob determinado comportamento, definindo seu próprio comportamento, visto que, seria meramente desordem jurídica se não pudesse existir isso.

No mesmo sentido, a previsibilidade das decisões também é objeto direto do respeito aos precedentes, já que na eficácia vertical uma corte ou juiz não poderá proferir decisões contrárias ao que ele próprio sentenciou, e na eficácia vertical não poderá ir contra entendimento dos Tribunais Superiores se o caso for similar.

Tudo isso aliado com a efetividade do sistema jurídico, a incidências de tais direitos de forma célere, possibilitando um ordenamento jurídico idôneo. No mesmo sentido, a estabilidade das decisões se torna outro importante objeto dos precedentes, onde após a segurança jurídica ser aplicada, os jurisdicionados terão previsibilidade das decisões, o que deveria ocorrer de imediato onde existem leis específicas pautadas no *civil law*, porém muitas vezes não ocorre, devido a interpretação.

No Brasil, na prática forense nos deparamos com diversas situações onde ao se buscar a jurisdição estatal de casos idênticos, seja em comarcas distintas ou até mesmo na mesma localidade, com ou sem a incidências de julgadores diversos, apresentam decisões dispares em face do tema, muitas vezes ocorrendo sentença que possam contrariar sumulas vinculantes ou precedentes emanados pelas cortes superiores, sendo objeto de recurso, daí a necessidade de uma melhor aplicação dos precedentes judiciais, mas claro, não limitando o poder do juiz de distinguir o caso concreto daquelas.

Dentro desse contexto, existe a relação entre precedente e igualdade, ora, não nos parece crível, tampouco jurídico de que casos idênticos fossem tratados de forma dispare, isso não coaduna com a Constituição Federal que prega a igualdade entre os pares, independente de raça, cor, sexo ou religião.⁷

Desta forma, deve existir igualdade tanto no acesso a jurisdição, nos procedimentos técnicos e procedimentais, possibilidade igualitária de defesa e apresentação de recurso, mas tudo isso não adiantaria, se ao final o mesmo julgador diante de casos idênticos atribuição valoração diferente aos mesmos fatos e jugasse contrariando sua própria posição, isso fere a igualdade.

Destarte, existem vários outros que podemos citar, mas não menos importantes, como a duração razoável do processo ao se apreciar qual o entendimento das cortes a respeito de determinada situação controvertida, desestimulando o litígio processual em vista a um fato que se sabe o entendimento dos Tribunais, contribuindo para a solução consensual com a economia processual, além de dar mais eficácia ao poder judiciário que não irá apreciar causas até a última instância cabível, considerando que as partes sabem o resultado, dentre outros.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Ou seja, a teoria dos precedentes judiciais não deve ser aplicado apenas no sistema do *common law*, da mesma forma que este cada vez mais possuía legislações escritas, o *civil law*, ultrapassando as origens históricas, pode aplicar os institutos dos precedentes sem ferir a Constituição ou os ditames processuais, ratificado pela promulgação do Código de Processo Civil, permitindo inúmeros benefícios aos jurisdicionados, como o fez o *common law* com a instituição de lei escritas, até mesmo que, nos sistemas mundiais, não há que se mencionar *common law* ou *civil law* puro, e sim um sistema misto.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law**. 5. ed. rev. London: JohnMurray, 1911.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova logica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst**; or law as it is, contrasted with what it is said to be. The works of Jeremy Bentham (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. 5, p. 231-238.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. CPC.

CAMPBELL, Henry. **The Law of Judicial Precedents**. St Paul, Minn.: The West Publishing Co. 1912.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CELSO A.B. Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1986, p.230)

DIDIER Jr., Fredie **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

Eisenberg, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FINE, Toni M. O Uso do Precedente e o Papel do Princípio do Stare Decisis no Sistema Legal Norte Americano. **Revista dos Tribunais**, v. 782, p. 90-96, 2000.

FRIEDE, Reis. Interpretação Da Norma Jurídica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 15, p. 9-14, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil, 3 : esquematizado® : responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves.* – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2021.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed., p.51.

JÚNIOR, Délio Mota de Oliveira. **Teoria Brasileira Dos Precedentes Judiciais E O Argumento Novo, Não Considerado Na Formação Da Tese Jurídica.** RT. Revista de Processo | vol. 280/2018 | p. 379 - 402 | Jun / 2018 DTR\2018\14361.

JUNIOR, J.; CRETELLA, Agnes. **Clássicos Jurídicos – Ed. 2018.** São Paulo (SP): Editora Revista do Tribunais. 2018.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica Entre As Jurisdições De Civil Law e De Common Law e a Necessidade De Respeito Aos Precedentes No Brasil.** Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil* volume 1. 3. Ed. Ver. Atual. São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 4. Ed. São Paulo: Ed. RT. 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** Ed. 2. Editora Atlas.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. **O Sistema De Precedentes No Cpc Projetado: Engessamento do Direito**. Revista de Processo | vol. 232/2014 | p. 307 - 324 | Jun / 2014 DTR\2014\2185.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre A Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17 e ss.