



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO
COORDENADORIA DE PROGRAMAS ACADÊMICOS

JAIR PEREIRA GOMES MAIA

**ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA

2013

JAIR PEREIRA GOMES MAIA

ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Janaína Soares Noletto Castelo Branco.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M217a Maia, Jair Pereira Gomes.
 Análise da teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil a luz dos princípios constitucionais / Jair Pereira Gomes Maia. – 2013.
 59 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
 Área de Concentração: Direito Processual Civil.
 Orientação: Profa.Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.
1. Processo civil - Brasil. 2. Precedentes judiciais - Brasil. 3. Direito civil - Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

JAIR PEREIRA GOMES MAIA

ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Msc. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Msc. Raul Carneiro Nepomuceno

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Msc. William Paiva Marques Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho à pessoa que, incondicionalmente, me amou, minha mãe, a quem tanto amo e sou grato por todo o esforço e empenho para minha educação. E não posso esquecer meu querido avô que sonhava chamar seu neto mais novo de “Doutor”, porém o tempo não permitiu.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima, por se mostrarem sempre presentes na minha vida, sempre de uma forma diferenciada, pelas bênçãos e pela fé depositada em meu coração, pela força, foco e determinação necessária para lutar pela realização dos meus sonhos;

À minha mãe e ao meu pai, pelo amor incondicional e pelas orações, pelas críticas e conselho, e, principalmente, por todo esforço e tempo direcionado para minha educação;

À minha irmã, Elisângela Pereira Gomes Maia, ao meu cunhado, Farley Guia de Sousa, e à minha irmã de coração, Rafaela Cipriano Maia, por todo o apoio no decorrer dessa árdua caminhada;

À minha querida sobrinha, Luiza Maria Maia Guia, por todo o seu amor e carinho;

Ao meu querido Avô, Edgar Gomes Maia, que, desde a minha aprovação no vestibular, sempre afirmava que iria chamar seu neto de “Doutor Jairzinho”, contudo o tempo não permitiu, pelo carinho, amor, histórias, brincadeiras, truques ensinados na minha infância, bem como por acreditar no meu potencial.

Aos tios Francisco Batista e Jorge Gomes Maia que acreditaram meu sucesso, apoiando e aconselhando ao longo do meu curso.

À Universidade Federal do Ceará e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de iniciação científica no decorrer dos anos de 2012 e 2013;

Aos professores da minha querida e amada Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, André Studart, Carlos César Souza Cintra, Daniel Maia, Daniel Miranda, Dimas Macedo, Francisco Gérson Marques de Lima, Hugo de Brito Machado Segundo, João Luis Nogueira Matias, Jorge Aloísio Pires, Joyceane Bezerra de Menezes, Juvêncio Vasconcelos Viana, Lino Edmar de Menezes, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, Michel Mascarenhas Silva, Raimundo Bezerra Falcão, Samuel Miranda Arruda, Tarin Cristino Frota Mont’alverne, Unie Caminha, Victor Hugo Medeiros Alencar, Francisco de Araújo Macedo Filho, Maria José Fontenelle Barreira, com quem tive, além da rotina de sala de aula, experiências de amizade e de ensinamentos que devo carregar no meu mister;

A todas as pessoas que alguma forma contribuíram para a realização do meu significativo sonho de me graduar em Direito pela Universidade Federal do Ceará;

Por isso, externo gratidão a Antônio Eugênio Vieira, Arthur Ferraz, Bruno Almeida, Gabriela Romero, Luciana Gurgel Lopes Frota, Mariella Gondim Rocha, Pedro Albuquerque, Rômulo Alexandre Soares, Tiago Cunha e Tiago Neves Furtado, que tão bem me receberam no escritório Albuquerque Pinto Soares Vieira Advogados Associados e me apresentaram, na minha primeira experiência de estágio, o panorama e as potencialidades da advocacia privada, e, principalmente, a Giuliano Pimentel Fernandes, por todo ensinamento e paciência;

A todos os servidores da Fundação Habitacional de Fortaleza – Habitafor por todo ensinamento transmitido durante o período de estágio;

Mantenho uma imensa gratidão aos Procuradores, Servidores e Terceirizados da Procuradoria Federal do Ceará, especialmente, Agapito Machado Junior, Antonio Coutinho de Carvalho Junior, Eduardo Rocha Dias, Izabel Dourado de Medeiros, Jose Marcio Anselmo Da Silva, Jose Moaceny Felix Rodrigues Filho, Marcio Sampaio Mesquita Martins, Paulo Alexandre de Oliveira Almeida, Rafael Moreira Nogueira, Reginaldo Pessoa Teixeira Lima, Roberto Carlos Fernandes de Oliveira, Rodrigo Rocha Pessoa, Ronaldo Santos Magalhães e Ubirajara Milhomem Costa, que contribuíram de uma forma inexplicável para meu crescimento pessoal, intelectual e profissional, bem como por toda atenção e paciência ao longo de quase 2 (dois) anos de estágio profissional (sem dúvida nenhuma o estágio profissional na PF/CE é um dos melhores do Estado do Ceará!);

A todos os advogados e colaboradores dos escritórios MJ Menescal Advogados Associados e Nelson Wilians Advogados Associados, em especial, ao amigo Tibério Carlos por todo companheirismo e ensinamento durante meu período de estágio;

Ao professor Raul Carneiro Nepomuceno, professor e amigo que tenho uma enorme admiração por sua inteligência e dom para lecionar, tornando até uma aula de Direito Penal bacana, pela honra de ter aceitado o convite, disponibilizando seu precioso tempo, de participar da mesa examinadora deste trabalho monográfico;

Ao professor William Paiva Marques Júnior, que apesar de não ter sido seu aluno na graduação, conheço como um profissional competente, chegando, em pouco tempo de aprovação em concurso para professor, ao cargo de vice-coordenador da Faculdade de Direito, pela forma gentil que aceitou o convite para minha mesa examinadora;

À professora Janaína Soares Noletto Castelo Branco, que foi professora, chefe no estágio na Procuradoria Federal do Ceará – PF/CE, orientadora de grupo de estudo e de monografia, por toda paciência e ajuda no decorrer dessa caminhada rumo à conclusão do curso de Direito;

Aos meus amigos, especialmente, Ana Carolina Matos, Amanda Siqueira, Catherine Mota, Tarcísio Rocha “Chicó”, Haylton Alves, Jana Maria Brito, João Henrique Marinho, Mariana Tomaz, Karoline Santos pela amizade sincera e companheirismo;

Aos amigos do grupo “Markin & amigos”, Antonio Vitor Mello, Arthur Feijó, Cássio Albuquerque, Filipe Miranda, Hugo Torquato, Luídio Bezerra, Marcus Franklin Santiago, Murilo Caldas, Pedro Ícaro Cochrane, Pedro Jorge, Ramon Bezerra, Rodrigo Sampaio Teles, Yorrán Sousa e Yuri Gomes de Mesquita, que, no decorrer desses cinco anos de faculdade, se tornaram verdadeiros irmãos, guardados eternamente em meu coração, pelo companheirismo sincero e apoio em todos os momentos, bem como pelos calorosos debates jurídicos e “não jurídicos”;

A Jothe Frota, o maior livreiro do Ceará e, com certeza, o piauiense mais gente boa do Brasil, e aos amigos da Turma *Strongbooks* por proporcionar um ambiente de convivência agradável na Faculdade de Direito e pela amizade;

Por fim, aos funcionários da Faculdade de Direito que sempre se dispuseram a me auxiliar quando necessário, em especial a Vieira, a Nelson, a Melinho, à Cristiany, à Leda e à Maria do Carmo.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”. (Marthin Luther King)

RESUMO

A partir da edição Emenda Constitucional nº 45, o ordenamento jurídico brasileiro mantém uma estreita relação com o direito baseado no respeito aos precedentes, ou *common law*, comumente utilizados nos países de língua inglesa. No Brasil, por meio da influência da colonização pelos portugueses, adotou-se o sistema do *civil law*, utilizado pela maioria dos países europeus, o que significa afirmar que no ordenamento pátrio ocorre um predomínio das leis. Porém, ao longo dos anos, ficou comprovada a incapacidade de o Poder Legislativo prever todas as situações do cotidiano, sendo que tal situação conferiu alguns poderes aos magistrados, como a liberdade para interpretar as leis, sem vincular-se aos seus próprios entendimentos ou aos dos tribunais superiores. Diante dessa situação, o *common law* ganhou destaque, o que provocou o surgimento de diversos institutos jurídicos e de manifestação para reforma do Código de Processo Civil 1973 a fim de garantir a sua maior efetividade na sociedade, gerando, assim, o projeto de Lei nº 8046/2010. Assim, no presente trabalho, busca-se analisar os aspectos históricos do processo civil brasileiro (breve histórico e princípios/regras regulamentadores) e os sistemas, *common law* e *civil law*, bem como averiguar a forma como o direito dos precedentes é aplicado na legislação atual e será aplicado com a aprovação do novo *Códex*, realizando-se uma breve análise do direito comparado. Concluiu-se pela importância do respeito aos precedentes judiciais na nova sistemática processual à luz dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: *Civil law*. *Common law*. Precedentes. Novo Código. Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT

As from the Constitutional Amendment No. 45, the Brazilian legal system maintains a close relationship with the law based on respect for precedents , or common law , commonly used in English speaking countries . In Brazil , through the influence of colonization by the Portuguese , one adopted the civil law system , used by most European countries , which means that in order to say there is a predominance of laws in the legal system. However , over the years , it has proved the inability of the Legislative Power to foresee all situations of daily life , and that this situation gave some power to magistrates, such as the freedom to interpret the laws , without tying up to their own understanding or to higher courts . Given this situation, the common law gained prominence , which caused the emergence of various legal institutions and of demonstration for reform of the Code of Civil Procedure of 1973 in order to ensure its greater effectiveness in society , thus generating the draft Law 8046/2010 . Thus , in the present work, one seeks to analyze the historical aspects of the Brazilian Civil Procedure (brief history and principles / rules regulators) and the systems , common law and civil law , as well as find out how the law of precedents is applied in the current legislation and will be applied with the approval of the new Codex , performing a brief analysis of comparative law . One concluded to the importance of respecting judicial precedents in the new systematic procedure in the light of constitutional principles.

Keywords: Civil law. Common law. Principles. Precedents. New Code. Brazilian Civil Procedure.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	15
2.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO CIVIL	17
2.2	PRINCÍPIOS X REGRAS	17
2.3	PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	20
2.4	PRINCÍPIO DA IGUALDADE	22
2.5	PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	23
2.6	PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	25
2.7	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	26
2.8	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	27
2.9	REGRA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	27
3	COMMON LAW	29
3.1	COMMON LAW X CIVIL LAW	30
3.2	OS PRECEDENTES JUDICIAIS	32
3.3	RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM	35
3.4	MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO E DE SUPERACÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	37
3.5	A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO	39
3.6	OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ATUAL SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA	41
4	OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (PROJETO DE LEI Nº 8046/2010)	44
4.1	ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	48
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

No debate acerca do papel dos precedentes judiciais com advento da aprovação do Projeto do Novo Código de Processo Civil ante as demandas da sociedade civil, existem inúmeros questionamentos sobre os precedentes judiciais, quanto à sua análise jurídica como instituto típico do sistema jurídico *common law*, surgindo, assim, a necessidade de estudar de forma detalhada tal instituto, justamente, uma vez que será aplicado ao um sistema jurídico distinto, o *civil law*. O sistema do *civil law* tem origem no direito romano-germânico, sendo as leis apresentada como diplomas elaborados pelo Poder Legislativo. Agora, partindo para definições do sistema jurídico do *common law*, este se destaca a partir de uma origem anglo-saxônica que preza, fortemente, pelo costume e pela atuação do Poder Judiciário. Dessa forma, o *common law*, adotado por países como Estados Unidos e Inglaterra, tem a base de sustentação da sua doutrina no *stare decisis*.

O aprimoramento dos precedentes judiciais no sistema processual consiste em uma forma de minimizar a avalanche de demandas que poderiam ser resolvidas facilmente pelo Poder Judiciário. Contudo, deve-se esclarecer a importância e a utilidade desse instituto, bem como sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. No hodierno sistema processual brasileiro, é recorrente que inúmeros processos, abordando a mesma temática ou questionamento jurídico, levem um longo período para serem decididos ou resolvidos pelo Poder Judiciário. O Projeto do Novo Código de Processo Civil tenta inovar ao ampliar a aplicação dos precedentes judiciais a fim de garantir uma maior celeridade das decisões judiciais, bem como a efetivação, por exemplo, do princípio da segurança jurídica, uma vez que visa evitar a conflito decisões sobre problemáticas afins.

Ainda destaca-se que a realização do trabalho de conclusão de curso demandou a utilização de múltiplas abordagens metodológicas a fim de conciliar a investigação teórico-doutrinária com a análise da teoria dos precedentes judiciais, originada do sistema jurídico do *Common Law*, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da aprovação do Projeto de Lei nº 8046/2010 (Novo Código de Processo Civil). Dessa forma, foi utilizada uma pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, socorrendo-se do estudo da doutrina existente acerca do tema em debate, bem como da análise da literatura pertinente aos aspectos envolvidos.

Nessa toada, a problemática a ser estudada pelo presente trabalho diz respeito, inicialmente, a um breve histórico do Direito Processual Civil brasileiro. Ultrapassada esta primeira etapa, será feita uma análise dos princípios e das regras a fim embasar o estudo dos principais princípios constitucionais do processo civil.

Posteriormente, será realizado um estudo sobre o sistema do *Common Law* por meio de um breve histórico e uma análise comparativa entre esse sistema jurídico e *Civil Law*. A partir disso, passa-se a estudar os precedentes judiciais desde a noção de *ratio decidendi* e de *obter dictum* até os aspectos dos precedentes já aplicados na atual sistemática do CPC.

Por fim, serão analisadas as principais mudanças no CPC com a aplicação da Teoria dos Precedentes Judiciais e criação/ampliação de institutos no projeto do Novo CPC, por exemplo, o incidente de demandas repetitivas. E, logo depois, uma análise das mudanças no CPC à luz dos princípios constitucionais.

2 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Inicialmente, quando ocorreu o descobrimento do Brasil, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, sendo que, posteriormente, no período colonial, foram sucedidas pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas.¹ Após a independência da colônia portuguesa, ocorreu uma ampla rejeição da legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823, somente, em caso de não contrariedade da soberania nacional e o regime brasileiro, herdando, assim, de Portugal algumas normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas (disciplinaram os aspectos do processo civil da época, regido pelo princípio dispositivo e movimento, exclusivamente, pelo impulso das partes com procedimento escrito e fases processuais bem distintas) e nas legislações extravagantes. Tais legislações portuguesas tiveram como principais fontes o direito romano e o direito canônico, sendo relevante citar as leis gerais editadas no reinado de Afonso II por concordatas celebradas entre as autoridades portuguesas e eclesiásticas².

Após o sancionamento do Código Comercial de 1850, foi editada, no Brasil pelo Governo Imperial, a primeira codificação processual, conhecido como Regulamento 735, de 25 de novembro de 1850. Contudo, em 28 de dezembro de 1876, Antonio Joaquim Ribas unificou o conjunto de legislação processual, editando a Consolidação das Leis Processuais que passou a possuir força de lei, conforme previsão de uma resolução imperial³.

Com o advento da proclamação da República em 1891 e, conseqüentemente, a promulgação da Constituição de 1891, o Governo Republicano, inicialmente, determinou a extensão das normas do Regulamento 735, prevendo algumas exceções. Essa constituição delegou aos Estados Membros competência para legislar sobre processo, contudo nem todos Estados adotaram tal previsão e continuaram a aplicar o regulamento vigente, por exemplo, alguns Estados que promulgaram seus códigos foram: São Paulo, Bahia e Minas Gerais⁴.

¹MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26.

²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 111.

³*Ibidem*, p. 115.

⁴MIRANDA, Vicente. *op. cit.*, p. 27.

Sob a égide da Constituição de 1934, foi promulgado o Código de Processo Civil brasileiro de 1939, utilizando como base os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal⁵, ocorrendo a retirada da competência dos Estados Membros de legislar sobre processo, ocorrendo assim, não recepção dos códigos estaduais vigentes. Tal código buscou fonte de fundamentação na concepção publicística do processo, uma vez que o juiz, atuando como órgão do Estado, participava das relações processuais com poder no interesse da coletividade a fim de compor as lides de interesse da justiça, logo, anteriormente, ao juiz inerte na composição processual sucedeu o juiz ativo⁶ e vigorou até 1973, quando foi publicado o atual código.

A atual codificação está em vigor há 40 anos, sendo que na época da sua promulgação era vigente a Emenda Constitucional de nº 1 do Período Ditatorial. O Brasil vivia uma ditadura repressiva com um forte controle do Executivo sobre o Judiciário, ficando claro o estabelecimento amarras na atuação dos juízes. Tal emenda constitucional é apontada por inúmeros constitucionalista como uma constituição, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.⁷

Posteriormente, com a promulgação da Constituição 1988, um novo paradigma foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro, marcado por aspectos totalmente diversos do contexto da elaboração do CPC em 1973. Assim, passou a existir uma maior preocupação com o acesso à justiça e com acesso à informação. E, os conceitos extremamente técnicos e ricos em conceitos, bem como forma e estruturas vem acarretando prejuízos ao transcorrer das relações processuais e demora das decisões judiciais, merecendo, assim, uma nova dinâmica para adequar o processo civil brasileiro a sua realidade atual.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 115.

⁶ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p.34.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO CIVIL

Como mencionado no tópico inicial, com o advento da Constituição Federal 1988, uma nova interpretação sob a ótica constitucional passou a ser realizada no direito processual civil brasileiro, permitindo, assim, o seu comprometimento com o Estado Democrático, bem como com a tutela jurisdicional e com o Poder Judiciário mais eficiente. Com a posição da Constituição Federal como o centro do sistema jurídico e o filtro axiológico, aconteceu uma reposição dos princípios na estrutura constitucional. Portanto, os juristas adquiriram uma consciência que o processo passou a ser um instrumento a serviço da ordem constitucional, refletindo as bases do regime democrático⁸.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, existe uma visão analítica das relações entre processo e Constituição que destaca dois sentidos do seu desenvolvimento: tutela constitucional (o conjunto de princípios e garantias oriundos da Constituição) e jurisdição constitucional (o conjunto de mecanismos predispostos pela Constituição para garantir uma maior efetivação do processo dos direitos individuais e coletivos)⁹. Dessa forma, “sempre que dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais”¹⁰.

A partir disso, será analisado o conjunto de regras e princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil.

2.2 PRINCÍPIOS X REGRAS

Antes de elencar os princípios e as regras que regem o direito processual civil, é relevante estudar os principais aspectos desses dois institutos. Os debates entre as diferenças

⁸ CRUZ, D. N.; CRUZ, K. R. P. Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acessado em: 20 de outubro de 2013.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 53.

¹⁰ *Idem*. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012, p. 33.

existentes de princípios e regras não são recentes¹¹, mas passou a possuir um enfoque maior após a publicação dos estudos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, que afirmam a diferença de grau entre ambas, ou seja, generalidade, abstração ou fundamentalidade¹².

Inicialmente, Karl Larenz destaca que os princípios determinam/estabelecem fundamentos normativos, visando uma interpretação e uma aplicação do direito a partir de normas de comportamento¹³.

Ronald Dworkin, partindo de uma crítica ao pensamento do positivismo jurídico, alega que existem regras jurídicas e princípios, sendo que aquelas possuem apenas uma única dimensão: a dimensão de validade. Já os princípios, além da validade, possuem a dimensão de peso. Desse modo, as regras podem valer ou não valer, ocorrendo a sua aplicação de forma inteira/completa ou a sua não aplicação no caso concreto. Os princípios não podem ser analisados na mesma visão das regras (valer ou não valer), pois no caso de colisão de princípios não se leva em consideração a sua dimensão de validade e, sim, a sua dimensão de peso. Nesse caso, irá prevalecer o princípio que, para a resolução do caso concreto, possuir mais importância/menor peso.¹⁴

Para Robert Alexy, os princípios são entendidos como normas que estabelecem algo que deve ser realizado na maior medida possível, frente às possibilidades fáticas e jurídicas, também chamados de mandamentos de otimização¹⁵. Nesse sentido, destaca:

¹¹ É importante também destacar a crítica de Lenio Luiz Streck sobre o “boom” principiológico, ou seja, o uso exagerado dos princípios pela doutrina e pela jurisprudência, denominado de panprincipiologia: “Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento ‘criativo’ de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo ‘convenientemente’ o nome de ‘princípios’, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de reforçar. Assim, parece necessário um mínimo de distinção entre os vários tipos apresentados no sistema jurídico. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma ‘adaptação darwiniana’: na ausência de ‘leis apropriadas’ (aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo, sendo que na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio interprete pode criá-lo.” (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 67).

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acessado em: 20 de outubro de 2013.

¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.¹⁶

Desse modo, para chegar ao resultado ótimo, será necessário limitar a eficácia de um ou de ambos os princípios, expressando, assim, os denominados deveres e direitos *prima facie*. Partindo para a análise das diferenças, Robert Alexy afirma que as regras são a expressão de deveres e direitos definitivos, ou seja, as regras ficam na questão da validade. Já os princípios ficam condicionados no grau de realização, podendo ou não variar¹⁷. E ainda Canotilho contribui para essa diferenciação:

a) grau de abstração - os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as regras têm esse grau relativamente baixo; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto - em decorrência do alto grau de abstração dos princípios, eles reclamam mediações para serem aplicados, enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito - os princípios desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico, por causa de sua posição hierárquica superior ou por força de sua importância estruturante no sistema jurídico; d) proximidade da idéia de direito - os princípios são "standards" juridicamente vinculantes, decorrentes de exigência da "justiça", enquanto que as regras podem ter um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética - os princípios são fundamento das regras, daí terem uma função normogenética.¹⁸

Modernamente, podem-se destacar os ensinamentos de Humberto Ávila que ressaltar a diferença entre princípio e regras com enfoque na dogmática jurídica¹⁹, bem como inova ao afirmar a existência dos postulados jurídicos. Os critérios de distinção do doutrinador são: o

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acessado em: 20 de outubro de 2013.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 166-167.

¹⁹ Sobre dogmática jurídica define José Maurício Adeodato "A dogmática jurídica preocupa-se com possibilitar uma decisão e orientar a ação, estando ligada a conceitos fixados, ou seja, partindo de premissas estabelecidas. Essas premissas ou dogmas estabelecidos (emanados da autoridade competente) são, a priori, inquestionáveis. No entanto, conformadas as hipóteses e o rito estatuídos na norma constitucional ou legal incidente, podem ser modificados de tal forma a se ajustarem a uma nova realidade. A dogmática, assim, limita a ação do jurista condicionando sua operação aos preceitos legais estabelecidos na norma jurídica, direcionando a conduta humana a seguir o regulamento posto e por ele se limitar, desaconselhando, sob pena de sanção, o comportamento contra legem. Mas não se limita "a copiar e repetir a norma que lhe é imposta, apenas depende da existência prévia desta norma para interpretar sua própria vinculação" (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 32.)

critério hipotético-condicional; o critério do modo final de aplicação; e o critério do conflito normativo.

O caráter hipotético-condicional pode distinguir os institutos mencionados anteriormente, pois as regras possuem uma hipótese e uma consequência, predeterminando uma decisão por meio da aplicação do modo *se, então*. Já os princípios indicam os fundamentos que devem ser utilizados pelos aplicadores do direito a fim de encontrar a regra aplicável. O critério do modo final de aplicação poderia distinguir, uma vez que as regras aplicadas pelo método do *tudo ou nada*, sendo que os princípios, gradualmente, por meio do método do *mais ou menos*. Por fim, segundo o critério do conflito normativo, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, solucionada com a invalidade da regra ou a criação de uma exceção. Os princípios consistem em um imbricamento que será decidido com uma ponderação, atribuindo dimensão de peso ao conflito²⁰.

Ainda Humberto Ávila destaca a existência de postulados, que se diferenciam dos princípios e das regras, pois não se situa no mesmo nível de aplicação. De acordo com o doutrinador, os postulados servem como parâmetro/orientação para a aplicação das normas, sendo que os princípios e regras são o objeto da aplicação. E os destinatários dos institutos são distintos, pois os postulados direcionados para os aplicadores do direito, já os princípios e as regras para o Poder Público e os contribuintes²¹.

Portanto, após esse breve análise dos princípios, passa-se a elencar e examinar os principais princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, adotando a concepção clássica de princípios e regras.

2.3 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio em destaque ganhou força no ordenamento jurídico nacional após o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que prevê no seu artigo 8º: “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, [...]”. Flávia Piovesan ressalta que:

²⁰ AVILA, H. B. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31-43.

²¹ *Ibidem*, p. 122 – 123.

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhe hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais e garantias fundamentais.²²

E com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada de Reforma do Poder Judiciário, foi incluído o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal²³, garantindo no âmbito judicial e administrativo uma duração razoável do processo, bem como os meios de garantia de celeridade de tramitação²⁴. É, portanto, perfeitamente, cabível a colocação de Fredie Didier Jr.²⁵: “Processo devido é, pois, processo com duração razoável.”.

O princípio da duração razoável do processo passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro em um patamar de direito fundamental, pois como destaca Rejane Soares Hote em trabalho acadêmico:

A presença da garantia da razoável duração do processo como direito fundamental demonstra a necessidade de que a prestação da tutela jurisdicional atenda à realidade sócio-jurídica a que se destina, atuando como instrumento à efetiva realização de direitos.

Não basta facilitar o ingresso à justiça a todos que acreditam ser detentores do direito material, significa, acima de tudo, buscar pelo aprimoramento constante da ordem processual, de modo que o processo possa de forma efetiva e tempestiva produzir soluções satisfatórias para os que dele necessitem.²⁶

Já Pietro de Jesus Lora Alarcon afirma que:

Impõe-se, em conseqüência, rever a habilidade do procedimento para realizar a finalidade processual, sua flexibilidade para atender os interesses em jogo e a segurança com que se garantem os direitos questionados. Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.

²³ Art. 5. 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:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁴ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 64.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 10, p. 467-492, 2007. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>>. Acessado em: 30 de outubro de 2013.

do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.²⁷

Dessa forma, resta clara a importância do princípio da duração razoável do processo a fim de efetivação de direitos com celeridade e eficácia do Poder Judiciário.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, *caput*, prevendo que todos são iguais perante, sem distinção de qualquer natureza, pois como afirma Fredie Didier Jr. “o processo é uma luta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc”.²⁸ Contudo, o conceito simplesmente afirmado na Carta Magna não condiz com a realidade atual, uma vez que todos os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida das suas desigualdades, conforme será demonstrado posteriormente.

A ideia de igualdade não deve ser realizada, somente, em detrimento da lei, mas também das circunstâncias que envolvem a sua aplicação, logo surge a noção de igualdade formal e material/substancial. Na concepção formal, todas as prescrições jurídicas devem ser aplicadas de forma indistinta para todos os jurisdicionados. Contudo, analisar a igualdade somente naquele aspecto não é suficiente para efetivar uma correta aplicação do direito, pois se deve dar tratamento diferenciado para as pessoas em situações diferenciadas, ou seja, tratar os desiguais na medida das suas desigualdades, caracterizando assim o aspecto material/substancial do princípio elencado²⁹. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco destaca:

Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – fraquezas de toda ordem, como a pobreza, desinformação, carência culturais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a

²⁷ ALARCÓN, P. J. L. Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón. (Org.). **Reforma do Judiciário. Análise e comentada. Emenda Constitucional 45/2004**. 1ªed. São Paulo/SP: Editora Método, 2005, p. 27-47.

²⁸ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 64.

²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.³⁰

No direito processual civil, as formas e as medidas que visam reequilibrar as partes e permite que litiguem em paridade de armas, sempre alguma causa/circunstância exterior ao processo coloque alguma delas em situação de superioridade ou de inferioridade, ficando, assim, delicada a tarefa do reequilibrar materialmente/substancialmente sem criar desequilíbrios privilegiados com o fim de remover uma desigualdade³¹. E sobre essa posição Nelson Nery Jr. afirma:

Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes.³²

Por isso, visando não gerar prejuízos ou desequilíbrios privilegiados, Hugo de Brito Machado Segundo ressalta que “é importante ter em mente que o ‘tratamento desigual para os desiguais’ não é uma válvula de escape para a arbitrariedade, mas sim, como visto acima, uma solução racional diretamente relacionada com um propósito legítimo”.³³ Logo, fica clara a importância do Princípio da Igualdade nas suas concepções para o processo civil moderno.

2.5 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica possui previsão legal no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, sendo, assim, tal princípio é, imprescindivelmente, um elemento basilar do Estado de Direito. Segundo Luis Roberto Barroso, a ideia de segurança jurídica já era expressa no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³⁴.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 207-208.

³¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 60.

³² NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 1999, p. 128.

³³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001. p. 50-51.

Não é por menos que, segundo Canotilho, o princípio da segurança jurídica tem ligação direta com a existência o Estado de Direito. Observa-se tal posição na seguinte passagem de sua obra:

o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.³⁵

Dessa forma, esse princípio pode ser caracterizado como uma importante certeza que os indivíduos têm de concretização das relações sob o império de uma norma mesmo após a sua substituição³⁶. Conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho, o princípio em debate comporta duas vertentes básicas: perspectiva de certeza (indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas) e perspectiva de estabilidade (difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado).³⁷

Já Hugo de Brito Machado Segundo, fazendo uma relação do princípio da segurança com o princípio da justiça, afirma que:

[...] toda a ordem jurídica desdobra-se, ou pelo menos deve desdobra-se, a partir desses dois princípios fundamentais, segurança e justiça, que se completam e se limitam reciprocamente. Assim, por exemplo, a justiça impõe que uma sentença incorreta, mesmo transitada em julgado, possa ser revista. A segurança, contudo, determina que isso só possa ocorrer em certos casos, em ação própria (ação rescisória), e dentro de prazo previamente estabelecimento. Caso admitíssemos a imodificabilidade absoluta da coisa julgada, a justiça seria em alguns casos inaceitavelmente suprimida por um exagero prestígio conferido à segurança. Entretanto, se fosse permitida a revisão de toda e qualquer decisão transitada em julgado, qualquer tempo e por qualquer razão, a segurança seria excessivamente diminuída, praticamente extinta, em razão de um demasiado apego à justiça. Ambos os valores, pois, não conviver harmonicamente, sendo proporcionalmente dosados em cada caso concreto.³⁸

Portanto, o princípio da segurança jurídica é essencial para a continuidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que confere estabilidade e uniformização das relações, evitando a ocorrência de injustiças.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p. 252.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Lumen Juris, 24ª ed., 2011, p. 33.

³⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

2.6 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça não foi inaugurado, somente, na Constituição de 1988, mas essa carta magna ampliou esse princípio, uma vez que passou a englobar a ameaça de direito, conforme previsão do inciso XXXV do artigo 5º³⁹. José de Albuquerque Rocha define o princípio supracitado como “a possibilidade assegurada a todos pela Constituição Federal de acudir aos órgãos do Poder Judiciário para pedir a proteção jurisdicional do Estado”⁴⁰.

Contudo, a visão anteriormente mencionada, não é mais adequada ao ordenamento jurídico atual, pois destaca-se que o acesso à justiça é o acesso à ordem jurídica justa, pois não alcançam uma ordem jurídica justa aqueles que não conseguem um exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário, bem como soluções atrasadas ou mal formuladas⁴¹. E, portanto, afirma Cândido Rangel Dinarmaco:

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores. Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.⁴²

Desse modo, o Estado não apenas deve garantir simples o acesso ao Poder Judiciário, mas também uma resposta/solução para suas pretensões da forma mais justa possível.

³⁹ Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. Ed. – 2ª. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p.32.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115.

⁴² *Ibidem*, p. 115.

2.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios do contraditório e da ampla defesa no seu inciso LV do artigo 5º. Tal princípio indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, uma vez que ele é inseparável da distribuição de uma justiça organizada, bem como vinculada ao exercício do poder, influenciando a esfera jurídica dos jurisdicionados⁴³.

Fredie Didier Junior destaca que o contraditório é um reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, sendo que a democracia é uma participação e a participação no processo acontece pela efetivação desse princípio. Tal princípio pode ser decomposto em: sentido formal (participação processual) e sentido material/substancial (possibilidade de influenciar nas decisões). O sentido formal do princípio do contraditório é a garantia de “ser ouvido”, participar do processo, ser comunicado, etc, ou seja, nessa visão tradicional o órgão jurisdicional garante o contraditório, dando de forma simples o ensejo à ouvida da parte. O sentido substancial é o poder de influenciar nas decisões judiciais, pois é necessário que a parte seja ouvida e tenha poder de influencia na decisão do magistrado⁴⁴. Dessa forma, “essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo”⁴⁵.

Nesse sentido, ressalta Cândido Rangel Dinamarco:

Em qualquer sistema processual é imenso o valor da oferta de meios de participação aos litigantes, porque ordinariamente são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conhecendo melhor os fatos alegados e os meios de prova disponíveis em cada caso. Além disso, a realidade mostra que o interesse pessoal é sempre a mais eficiente mola da defesa dos direitos e da sua efetividade. Quem vai a juízo postular ou resistir é movido pela aspiração ao bem da vida litigioso, seja para obtê-lo (autor, demandante), seja para manter o status quo ante (réu, demandado).⁴⁶

Já a ampla defesa é um direito de ambas as partes, pois consiste em um conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório. Hodiernamente, muitos doutrinadores

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 61.

⁴⁴ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 56.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 214.

afirmam que ocorreu uma fusão entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, formando um direito único⁴⁷.

Portanto, resta clara a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa garantia dos direitos dos jurisdicionados.

2.8 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Antes de adentrar na análise do princípio da legalidade, é necessário destacar que esse princípio é basilar para o Estado Democrático de Direito, pois faz parte da sua essência a subordinação à Constituição Federal, fundando a legalidade democrática.

A legalidade está prevista, genericamente, no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, afirmando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No âmbito do Direito Processual Civil, tal princípio é importante uma vez que o Poder Judiciário na solução das demandas deverá agir dentro da legalidade para resolver os casos concretos, ressalvados os casos de omissão legislativa que o mesmo poderá resolver com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, conforme previsão do artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro⁴⁸.

Logo, esse princípio se manifesta com uma aplicação justa e igualitária da norma em todas as relações jurídicas.

2.9 REGRA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na sistemática processual brasileira, os juízes possuem a garantia do livre convencimento que permite que valorem os elementos probatórios do processo de acordo com sua inteligência e sensibilidade, bem como a ampla independência funcional para tomar suas próprias decisões sem a imposição ou a influência de outras pessoas/órgãos, mesmo no caso de Tribunais de Justiça ou Superiores. Contudo, em contraprestação a essas garantias aos Magistrados, a Constituição Federal impôs a regra da motivação das decisões judiciais, ou seja, a

⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59.

⁴⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

fim de garantir racionalidade e legitimidade, o magistrado deve explicar as razões que levaram à conclusão exarada⁴⁹, conforme previsão legal do artigo 93, inciso IX⁵⁰.

Destacam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinarmaco que “modernamente, foi sendo salientada a função política das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e a justiça das decisões”⁵¹.

Ainda, vale ressaltar que o “o dever de fundamentar é de ser observado em todos os casos, e a sanção para o seu descumprimento é a nulidade.”⁵²

Conforme estudado anteriormente, a estrutura do dever de motivar/fundamentar as decisões não é propriamente um princípio, mas sim uma regra. Mesmo assim, seu valor não deve ser desprezado, pois é reconhecido que se trata de uma regra decorrente do princípio do devido processo legal⁵³. Nesse sentido, também afirma Cândido Rangel Dinarmaco:

Sem ser um princípio, a exigência de motivação adequada figura como uma garantia constitucional das mais relevantes e insere-se no quadro de imposições ao juiz e limitações à sua liberdade de atuação, caracterizado pela cláusula *due process of law*.⁵⁴

Desta forma, resta evidente a importância da regra da motivação das decisões judiciais uma vez que garante uma aplicação justa, imparcial e racional do direito nas relações processuais.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 240-241.

⁵⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 74.

⁵² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 242.

3 COMMON LAW

Inicialmente, antes de analisar as principais características do *common law*, devem-se destacar os seus fatores históricos. O nascimento desse sistema tem fundamento, principalmente, na tradição, forjando entre seus operadores um senso histórico que gerou a denominação de Direito Costumeyiro. Contudo, é necessário ressaltar que erroneamente o *common law* é chamado de direito inglês, direito anglo-saxão e direito da Grã-Bretanha, pois aqueles ordenamentos jurídicos podem ser considerados espécies do *common law*, fazendo parte desse sistema jurídico⁵⁵.

Esse sistema teve seu marco existencial na data de 1066, pois foi nesta época que a sociedade tribal anglo-saxônicas encontrou seu fim, originando uma sociedade feudal comandada pela Normandia⁵⁶ e ganhou força, após a queda do Império Romano Ocidental, uma vez que as leis não escritas predominavam, sendo observadas as práticas de comércio e as decisões dos Tribunais locais. Assim, o direito que nasceu na antiga “Britania” começou a ganhar força, fundado em regras conhecidas e em práticas cotidianas e com pouca influência do direito romano⁵⁷.

Posteriormente, ocorreu uma rejeição ao direito Justiniano quanto ao seu conteúdo “imperial” do direito romano pós-clássico, caracterizada pelo temor de sujeição dos senhores feudais ao poder de caráter absolutista do rei. No direito anglo-saxão, as decisões do rei e dos juizes com o passar do tempo foram registradas nos *statute books*, sendo a *interpretatio* submetida a nenhum critério rígido. A competência jurídica era dividida da seguinte forma: cabia ao rei a função de intérprete natural da Lei e aos juizes encontrar *a ratio* aplicável aos casos concretos.

No século XVI, as compilações foram reunidas nos *Law Reports*, conhecidos como repertórios judiciais que continham as transcrições textuais dos casos e das decisões. Passou-se, assim, a entender que o caso julgado não era o fator mais relevante, contudo a *ratio decidendi*

⁵⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

⁵⁶ SANTOS, R. A. C. O. **Precedente judicial obrigatório: uma análise da crescente influência do common law no direito brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012, p. 12.

⁵⁷ ROCHA, Mário Alcântara. **A eficácia dos precedentes judiciais vinculantes fixados pelo supremo tribunal federal**. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2011, p. 11.

extraída dele. Logo, a teoria dos precedentes judiciais começou a tomar forma, servindo para destacar princípios e conferir-lhes certeza. Mas, desde século XIV, a eficácia vinculante dos precedentes judiciais já era reconhecida no *common law*⁵⁸.

3.1 COMMON LAW X CIVIL LAW

O sistema do *civil law* tem origem no direito romano-germânico e fundamenta-se nas leis em sentido estrito como diplomas elaborados pelo Poder Legislativo, primando, assim, pelo processo legislativo e supervalorizando a lei em relação às demais fontes do direito. Esse sistema ganhou destaque após a Revolução Francesa, pois as leis passaram a ser consideradas a uma única manifestação originária da Nação, ou seja, da manifestação de vontade do povo, conforme as ideias defendidas por Jean-Jacques Rousseau na obra “*Du Contrat Social*”⁵⁹. Além disso, esse sistema jurídico possui forte influência do Direito Canônico, com fundamento nas leis da Igreja, os *Cânon*s, que possuíam as leis escritas sobre a doutrina e disciplina religiosas.

Conforme afirmado anteriormente, o sistema teve seu ápice na França, conseqüentemente, após a queda do Antigo Regime, uma vez que nesta época o Poder Judiciário francês tinha fortes laços com a aristocracia feudal, inexistindo, assim, a noção de imparcialidade do magistrado e isonomia entre as partes⁶⁰.

O *civil law* foi implantado no Brasil por meio da colonização portuguesa, pois esse sistema é adotado pela maioria dos países europeus, exceto nos países de origem escandinava, e, conseqüentemente, pelos países que foram colonizados por estes países europeus⁶¹. Contudo, com a proclamação da República, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma forte influência do direito constitucional americano (pertencente ao sistema do *common law*), moldando os mecanismos de controle de constitucionalidade atual e acarretando uma maior valorização da jurisprudência.

⁵⁸ ROCHA, Mário Alcântara. **A eficácia dos precedentes judiciais vinculantes fixados pelo supremo tribunal federal**. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2011, p. 11.

⁵⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 142.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁶¹ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

Em resumo, o *civil law* possui a prevalência da lei como fonte do direito, entendendo também alguns doutrinadores que o costume ocupa esse mesmo lugar. Já a jurisprudência seria uma fonte indireta seria colocada em uma posição secundária.

Analisando as definições do sistema jurídico do *Common Law* no tópico anterior, este se destaca, fortemente, pelo costume e pela atuação do Poder Judiciário. Esse sistema tem a base de sustentação na doutrina do *stare decisis*.

Nesse sentido, menciona-se o posicionamento do doutrinador Miguel Reale⁶² sobre as diferenças entre o *civil law* e o *common law* que, na Inglaterra, existia a necessidade de saber o que era lícito em matéria civil ou comercial, sem a existência de um Código de Comércio ou Civil que regulava a matéria, através de uma manifestação legislativa. Logo com o Direito inglês coordenou e consolidou em precedentes judiciais, sendo estes uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Contrariamente, o Direito vigente nas Nações latinas e latino-americanas, bem como também na restante Europeu Continental, foi fundado de forma primordial nos enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. Mas, conforme destaca Rodrigo Augusto Costa de Oliveira Santos em Trabalho de Conclusão de Curso:

[...] fato de o *civil law* promover a existência de diplomas legais com função de plenitude, como os Códigos, por si só, não o diferencia do sistema do *common law*. O que muda, em verdade, é o significado que se atribui a eles. Neste último sistema, os Códigos não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os conflitos, pois não parecia possível, para os adeptos do *common law*, a criação de um diploma normativo efetivamente pleno.⁶³

Contudo, ao diferenciar esses sistemas jurídicos, não se pode fazer exclusivamente a análise anterior. Deve-se verificar que, inicialmente, no *civil law*, o fato do juiz não estar vinculado aos precedentes judiciais promove certas injustiças, pois casos idênticos podem ser decididos de formas distintas por meio da interpretação e aplicação do direito pelo juízes. Situação esta que difere do *common law* já que os juízes de primeiro grau estão vinculados aos entendimentos dos tribunais superiores, garantido uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

⁶² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 142.

⁶³ SANTOS, R. A. C. O. **Precedente judicial obrigatório: uma análise da crescente influência do *common law* no direito brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012, p. 15.

Ainda é relevante ressaltar que Sérgio Gilberto Porto sobre a atual mescla de sistemas:

Cumpre, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações - observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira "*commonlawlização*" no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica.

Realmente, a chamada "*commonlawlização*" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz.⁶⁴

Isto posto, ficam caracterizadas as diferenças mais relevante entre o *common law* e o *civil law*.

3.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A fim de alcançar os objetivos do presente trabalho, será necessário fazer um breve estudo sobre os precedentes judiciais de uma forma geral, ou seja, desde o seu conceito inicial até os seus mecanismos de aplicação e de superação.

Antes de qualquer análise, é relevante destacar que os precedentes judiciais fazem parte da doutrina do *stare decisis*⁶⁵, sendo este o alicerce do *common law*. Essa doutrina é definida como um princípio jurídico em que os juízes são obrigados a respeitar os precedentes estabelecidos pelas decisões da Corte Superior, sendo que estas são dotadas de eficácia vinculante, logo as decisões da Corte Superior vinculada a própria Corte, bem como os Juízos, hierarquicamente, inferiores⁶⁶. Segundo Mauro Cappelletti, está inserida a ideia que uma decisão proferida por uma corte hierarquicamente superior será vinculante em relação às cortes

⁶⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

⁶⁵ O termo *Stare Decisis* tem origem da abreviatura da máxima latina “stare decisis et non quieta movere” que significa “mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido”. (RE, Edward D. **Stare Decisis**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 37).

⁶⁶ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007. p. 390.

inferiores.⁶⁷ E a mesma pode ser vista em duas dimensões: Dimensão Vertical e Dimensão Horizontal.

A dimensão horizontal é a vinculação do Tribunal por meio de suas próprias decisões, apresentando semelhanças jurídicas e factuais com seus precedentes, pois o ponto de partida da análise de uma questão jurídica deverá ser pautada na comparação e no exame dos precedentes. Já a dimensão vertical é aquela que determina a vinculação dos juízes/tribunais inferiores em relação aos precedentes das cortes hierarquicamente superiores, sendo que essa relação esteja no mesmo campo de jurisdição⁶⁸.

A partir disso, podem-se definir os chamados precedentes judiciais. Segundo a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, eles podem ser definidos como qualquer decisão judicial, tomada em um caso concreto, cujo núcleo decisório serve como paradigma para decisões futuras em casos semelhantes⁶⁹. Ou, como afirma Thomas da Rosa de Bustamante, “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”⁷⁰. Mas, vale ressaltar que tal paradigma serve para as questões de direito, por exemplo, a decisão de um tribunal que determina a não incidência de imposto de renda nos proventos de indenização por dano moral, logo o juiz verificará e aplicará a tese jurídica orientada pelo tribunal. Já as questões de fato não podem gerar precedentes, uma vez que são questões relativas, ou seja, variam de acordo com o caso concreto⁷¹.

Agora, passa-se a destacar as formas de precedentes existentes, bem como a sua eficácia jurídica. Os precedentes judiciais podem ser divididos em Declarativos e Criativos. Os precedentes declarativos são aqueles que reconhecem e aplicam uma norma jurídica já existente, baseado em precedente anterior a fim de solucionar o caso concreto⁷². Exemplo clássico do tipo de precedente anterior seria a fundamentação de decisão/sentença por um juiz de primeiro grau

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 80.

⁶⁸ MIRANDA, Tássia Baía. **Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2012, p. 15.

⁶⁹ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 385.

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 110.

⁷² BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. *op. cit.*, p. 392.

com base em jurisprudência/precedente judicial (gerado pelo julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas) de órgão de 2º grau ou tribunal superior.

Já os precedentes criativos são aqueles que necessitam da capacidade criativa do aplicador do direito, pois ele irá criar e aplicar uma norma jurídica, sendo um exemplo a situação em que o magistrado necessita legislativa, aplicando os princípios gerais do direito, analogia ou costume, bem como na solução de demandas que envolvam cláusulas gerais. E ainda afirma Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

O fato de ser declarativo o precedente não descarteriza a criatividade judicial. Ainda que haja norma jurídica pré-existente, ao magistrado cabe, [...], analisar cada caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais, criando, a partir daí, a norma jurídica individualizada que servirá de fundamento para a sua decisão.⁷³

Dessa forma, os precedentes declarativos e criativos não necessariamente são excludentes entre si, mas, em certas ou até mesmo várias situações, eles estão interagindo a fim fundamentar uma decisão judicial.

Ainda, é importante tecer comentários sobre a eficácia jurídica dos precedentes, mas, antes disso, vale ressaltar que o precedente é um fato, logo, em qualquer lugar com jurisdição que houver uma decisão judicial, ocorrerá um fato. Por isso, é errado afirmar que, somente, existe precedente em países com tradição de utilização do sistema do *common law*, pois em todos os países e nos sistemas jurídicos existem os precedentes. Mas, a diferença reside na questão da importância dada ao precedente nos países que adotam o *common law*, prestando ainda uma relevância especial quanto ao aspecto da eficácia normativa⁷⁴. Logo, destaca-se os efeitos dos precedentes mais relevantes para o presente trabalho, sendo eles: Precedente Vinculante/Obrigatório, Obstativo de revisão de decisões e Persuasivo.

Os precedentes vinculantes/obrigatórios são aqueles que, como o próprio nome deixa bem claro, vinculam e, obrigatoriamente, devem ser observados, uma vez que possuem eficácia normativa, sendo essa a regra no sistema jurídico do *common law*⁷⁵ e, algumas vezes, utilizados

⁷³ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 385.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

no *civil law*, por exemplo, das súmulas vinculantes no Brasil, caracterizando a "*commonlawlização*" desse sistema jurídico apontada no tópico anterior. Logo, deve-se observar que, a partir desse efeito, a norma jurídica geral criada por certas decisões tem o condão de vincular as decisões posteriores, submetendo os órgãos jurisdicionais inferiores a adotarem aquela norma jurídica anteriormente criada⁷⁶.

Os precedentes obstativos da revisão de decisões têm o condão de impedir a apreciação de recurso ou de remessa necessária, sendo que, neste caso, o legislador autoriza que os juízes neguem seguimento a determinados recursos ou dispensem remessas necessárias em virtude de precedente judicial⁷⁷.

Os precedentes persuasivos possuem o efeito mínimo do precedente, ou seja, apenas o poder de convencer o julgador⁷⁸, logo não possui eficácia vinculante e apenas é um “índice de uma solução racional e socialmente adequada”⁷⁹. E, assim, nenhum magistrado está obrigado a seguir a sua indicação/orientação.

Portanto, resta superado este estudo inicial sobre o conceito e as espécies de precedentes judiciais, bem como os seus principais efeitos.

3.3 *RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM*

Neste tópico serão analisados elementos importantes para o estudo da teoria dos precedentes: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*. Conforme afirmado no tópico anterior, os precedentes são decisões judiciais com um núcleo decisório que serve como paradigma para decisões, sendo esse núcleo decisório (razão) possuidor de efeito obrigatório ou persuasivo é a *ratio decidendi*. Em suma, a *ratio decidendi*⁸⁰ são “fundamentos jurídicos que sustentam a

⁷⁶ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 393.

⁷⁷ *Ibidem*, p.394.

⁷⁸ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p.13.

⁸⁰ Também pode ser chamada de *holding*, pois esta faz referencia ao direito inglês e a *ratio decidendi* ao direito americano. (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182).

decisão”⁸¹, logo ela constitui a essência da tese jurídica aplicada ao caso concreto e é composta pela indicação: dos aspectos relevantes da causa (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e do juízo decisório (*judgment*)⁸².

Ressaltam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que, ao decidir uma demanda judicial, o juiz cria, obrigatoriamente, duas normas consubstanciadas na tese jurídica adotada: uma geral (fruto da interpretação/compreensão dos fatos) e uma individualizada (a decisão para aquela situação específica em questão)⁸³. E, nesse sentido, ainda afirma:

Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída – por exemplo, com base nela é possível admitir, qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes. Afora essa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo tão-somente reger a situação em exame naquele processo.⁸⁴

Neste ponto do estudo, é preciso destacar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, contudo é formulada a partir dela. Assim, entendendo nesse sentido, transcreve-se trecho da obra de Luiz Guilherme Marinoni:

A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. (...) A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.⁸⁵

Dessa forma, a *ratio decidendi* deve ser extraída por meio de uma análise conjunta de todos os elementos da sentença (fundamentação, dispositivo e relatório), sendo errôneo afirmar que equivale, simplesmente, à fundamentação. E o aplicador do direito chegará a uma razão a fim

⁸¹ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 385.

⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

⁸³ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. *op. cit.*, p. 386.

⁸⁴ *Ibidem*, 286-387.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

obter uma solução para o caso concreto, bem como uma sirva como paradigma para casos idênticos futuros.

O *obter dictum* são os argumentos que são expostos na motivação da decisão através de juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou quaisquer outros elementos não relevantes ou substanciais para a decisão, ou, conforme afirma Roger Stiefelmann Leal, “prescindível para o deslinde da controvérsia”⁸⁶. Esse elemento pode ser definido como tudo aquilo que não compuser a *ratio decidendi*⁸⁷, logo não poderá ser utilizado como parâmetro vinculativo, uma vez que não é determinante para decisão. Contudo, deve-se destacar que, embora não sirva de precedente, este elemento pode ser desprezado, pois ele sinaliza uma possível mudança de sentido do tribunal, por exemplo, o voto vencido em um julgamento por órgão colegiado é um *obter dictum*, tendo sua relevância para elaboração de um recurso (embargos infringentes), ou seja, serve como parâmetro para persuadir o aplicador do direito para uma futura mudança de entendimento⁸⁸.

3.4 MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO E DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Apesar da importância de vinculação dos precedentes anteriormente estudada, é necessário ressaltar que eles não possuem eficácia “*ad eternum*”, pois, se contrário fosse, o direito que aplicasse essa teoria perderia a sua dinâmica com passar dos anos, tornando uma ciência incompatível com a realidade social. Por esse motivo, existem técnicas que permitem as partes na lide discutir a aplicação de determinado precedente judicial, bem como a sua superação, logo neste tópico serão estudados: o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding*.

O *distinguishing* consiste na distinção entre o caso concreto e o paradigma (precedente), sendo por não coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que foram base para a extração *ratio decidendi* constante no precedente ou por alguma outra peculiaridade. Essa técnica surgiu diante da complexidade de alguns casos concretos, pois não era

⁸⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169.

⁸⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51.

⁸⁸ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 388.

possível aplicar um precedente, automaticamente, a todas as situações semelhantes, sem a realização de um juízo de valor (*distinguishing*) sobre a sua compatibilidade⁸⁹, permitindo ao magistrado verificar se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma⁹⁰. Nessas hipóteses, magistrado, vinculado ao precedente judicial, verifica alguma semelhança entre o caso concreto e a *ratio decidendi* por meio de um confronto/comparação de seus elementos. Logo, o *distinguishing* pode ser subdividido em: *distinguishing*-método (determina o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma) e *distinguishing*-resultado (designa o resultado de um confronto, sendo que no caso deve haver entre eles alguma diferença)⁹¹. Nesse sentido, ainda afirma Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

O distinguish é, [...], por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (distinguish-método). Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplicá-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação [...]. Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (distinguish-resultado) [...].⁹²

O *overruling* é uma técnica que causa a perda da força vinculante do precedente, bem como a sua substituição (*overuled*) por outro precedente⁹³, ou seja, conforme ensinamento de Leonardo Greco, o Tribunal que firmou pode revogá-lo/abandoná-lo em julgamento futuro⁹⁴. A revogação do precedente pode ser expressa, quando o tribunal adota uma nova orientação, sendo este afirma de forma expressa na decisão que a anterior encontra-se superada, ou pode ser tácita, quando se adota uma interpretação conflitante com o precedente, porém sem mencionar a mudança de orientação⁹⁵. Contudo, algumas situações devem ocorrer para surgir a necessidade de um *overruling*, como, quando deixar de atender: a congruência social e consistência sistemática. Sobre a congruência social, deve-se mencionar ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni:

⁸⁹ SANTOS, R. A. C. O. **Precedente judicial obrigatório: uma análise da crescente influência do *common law* no direito brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012, p. 25.

⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

⁹¹ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 405.

⁹² *Ibidem*, p. 404.

⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 158-159.

⁹⁴ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10, p. 46.

⁹⁵ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. *op. cit.* p. 405.

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona.⁹⁶

Dessa forma, um precedente não terá congruência social quando violar valores morais, políticos e sociais. Já a consistência sistemática consiste na inadequação do precedente com as decisões recentes do Tribunal.

Por fim, destaca-se a figura do *overriding* que ocorre quando um tribunal limita o âmbito de incidência do precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Portanto, neste caso não existe uma superação total do precedente (situação que ocorre no *overruling*), porém uma superação parcial⁹⁷.

3.5 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Ademais, após o estudo sobre os precedentes judiciais, é importante ressaltar a importância da Jurisprudência como fonte do Direito tanto para o *common law* como para o *civil law*. Apesar da enorme divergência doutrinária⁹⁸, pode-se classificar a jurisprudência⁹⁹ como uma fonte do direito, sendo uma fonte do Direito é, segundo ensinamento de Miguel Reale, um conjunto de “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”¹⁰⁰. Nesse sentido, destacam-se como as principais fontes do direito: a lei, os

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 389.

⁹⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266-284.

⁹⁸ Em relação às opiniões em contrário, destaca-se o posicionamento do doutrinador Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, apesar de reconhecer o seu papel na construção do Direito, defende a não indicação da jurisprudência como uma fonte do Direito. Desse modo, indica-se a leitura da obra *Introdução ao Estudo do Direito* (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246).

⁹⁹ Vale destacar o problema apontado por Michelle Taruffo sobre a dificuldade de estabelecer que uma decisão é verdadeiramente relevante ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa afirmar que existe jurisprudência pacífica a respeito de determinada interpretação da norma. (TARUFFO, Michelle. *Precedentes e Jurisprudência*. **Revista de Processo**, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010).

¹⁰⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140.

costumes, a doutrina e a jurisprudência. Contudo, somente, esta última será objeto de estudo no presente capítulo.

Inicialmente, entende-se a Jurisprudência como uma forma de revelação do direito, processado por meio do exercício da jurisdição com uma sucessão harmônica de decisões de tribunais¹⁰¹. Já, o Paulo Dourado Gusmão define como “o conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais (julgados), sobre determinada questão jurídica, das quais se pode deduzir uma norma”¹⁰². Partindo do ponto de vista metodológico adotado, afirma-se, com base nos ensinamento de Thomas da Rosa de Bustamante, que a jurisprudência leva a uma aproximação entre o *common law* e *civil law*, gerando a união de sistemas como foi defendido anteriormente:

[...] do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o Positivismo Jurídico – que, embora decadente, ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O direito judicial – embora tenha vincularidade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo.¹⁰³

Mas, é importante ressaltar que jurisprudência e precedente são diferentes, como pode-se perceber ao longo desse trabalho acadêmico, mencionando o ensinamento de Michele Taruffo¹⁰⁴:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.

Dessa forma, a jurisprudência representa um determinado entendimento a respeito da norma, aplicada ao caso concreto¹⁰⁵, caracterizando, assim, uma importante fonte do direito para uniformização das decisões no *civil law* e a consolidação de um precedente no *common law*.

¹⁰¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

¹⁰² GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 126.

¹⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 102.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

¹⁰⁵ BRAGA, Barbara ; RIBEIRO, Fernando Armando. A teoria das fontes do direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. **XVII Congresso nacional de pesquisa e pós-graduação em**

3.6 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ATUAL SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Neste tópico, serão analisados alguns aspectos da teoria dos precedentes judiciais aplicados pelo Código de Processo Civil de 1973. Como mencionado anteriormente, existe uma forte tendência a “*commonlawlização*”, ou seja, incorporação de conceitos e regras do *common law* ao direito nacional, o que ocorreu no Brasil por meio da criação de institutos, por exemplo, as súmulas vinculantes, as decisões monocráticas do relator e julgamento liminar de mérito, que demonstram a doutrina do *stare decisis* vem sendo incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

As súmulas vinculantes¹⁰⁶ foram criadas pela Emenda Constitucional nº 45, conforme a inclusão do artigo 103-A na Constituição Federal de 1988¹⁰⁷. Essas súmulas são enunciados vinculantes editados pelo Supremo Tribunal Federal, desde que ocorra uma aprovação de no mínimo dois terços dos ministros, após reiteradas decisões sobre a questão jurídica. É interessante destacar ensinamento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que afirma a posição do legislador em regular mecanismos de interpretação/confronto/superação de precedentes, conforme já demonstrado no presente trabalho:

direito, 2008, Salvador. XVII CONPEDI, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf>. Acessado em: 18 de julho de 2013.

¹⁰⁶ Apesar da maioria da doutrina aceitar e afirmar a importância das súmulas vinculantes, pode-se mencionar o posicionamento crítico de Helano Márcio Vieira Rangel: “A súmula vinculante viola, ao mesmo tempo, o direito de liberdade de participação e o princípio da separação de poderes, outro valor central da ordem jurídica democrática, afirmado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Demais disso, a súmula vinculante, uma vez aplicada compulsoriamente à miríade de conflitos submetidos ao Poder Judiciário, é um instituto que obsta a eficácia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88 e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88). É que o juiz ou tribunal, sem maiores fundamentações ou incursões nas peculiaridades do caso concreto, simplesmente haverá de aplicar a súmula vinculante, em prejuízo da eficácia do provimento jurisdicional. Desse modo, ocorrerá o engessamento da tutela jurisdicional de maneira asfixiar o Direito. A dialética jurídica nos estados inferiores do Poder Judiciário, os quais as auscultam a evolução sociocultural e valorativa, restará neutralizada pelo efeito vinculante das súmulas”. (RANGEL, Helano M. V. A súmula vinculante como norma jurídica e a sua (in)viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Nomos** (Fortaleza), v. 31, p. 43-59, 2011. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/helano.pdf>. Acessado em: 01 de novembro de 2013.).

¹⁰⁷ 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.

A súmula vinculante não tem, por óbvio, a pretensão de vigor eternamente. O entendimento nela cristalizado pode ser revisado ou mesmo superado. Isso pode ocorrer, por exemplo, se for revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante (art. 5º, Lei n. 11.417/2006). Assim, o legislador brasileiro prevê expressamente a possibilidade de o próprio STF proceder ao *overruling* (superação/cancelamento) ou ao *overriding* (revisão/revogação parcial) de um seu enunciado vinculante.

Considerando que a decisão que a súmula vinculante também tem efeitos obrigatórios para o próprio STF e que o legislador fez previsão da possibilidade e do procedimento adequado à superação/revisão das súmula vinculantes, parece-nos que, no Brasil, não se pode falar em *implied overruling*, isto é, em cancelamento/superação implícita de súmula vinculante, mas apenas de expresse *overruling*, ou seja, cancelamento/superação expressa, mediante devido processo legal previamente estabelecido. Nada impede, porém, que, diante de um caso concreto e ainda que ele não conforme exatamente à situação que deu ensejo à edição da súmula vinculante, o STF restrinja ou amplie os efeitos da súmula, através das técnicas do *restrictive distinguishing* ou do *ampliative distinguishing*, respectivamente.¹⁰⁸

As decisões monocráticas do relator, previstas no artigo 557, caput e § 1º-A do CPC¹⁰⁹ são exemplos da aplicação dos precedentes na sistemática processual. Nesse caso, o relator poderá negar seguimento aos recursos contrário à jurisprudência dos Tribunais Superiores ou do próprio tribunal, e de dar provimento, igualmente de maneira singular, a recurso contra decisão contrária aos Tribunais Superiores, buscando ajustar a situação de conflito à jurisprudência dominante de maneira mais célere e eficaz. Ainda, deve-se ressaltar o conceito de do termo jurisprudência dominante deve ser entendido de maneira ampla, abrangendo até mesmo decisões isoladas¹¹⁰.

Já os julgamentos liminares de méritos são uma prerrogativa concedida ao magistrado por meio do artigo 285-A do CPC¹¹¹. Com essa permissão legal, o magistrado julgar liminarmente (ou seja, sem o desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa) alguns casos que estejam em sentido contrário aos entendimentos do tribunal o qual é vinculado, visando conferir uma maior celeridade na prestação jurisdicional.

¹⁰⁸ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 410-411.

¹⁰⁹ 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.

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

¹¹⁰ SANTOS, R. A. C. O. **Precedente judicial obrigatório: uma análise da crescente influência do *common law* no direito brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012, p. 36-37.

¹¹¹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Isto posto, resta claro a importância dos precedentes judiciais, uma vez que eles já fazem parte do sistema jurídico brasileiro com alguns institutos já vigentes, bem como a sua ampliação trará inúmeros benefícios.

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (PROJETO DE LEI Nº 8046/2010).

Antes de aprofundar o estudo do presente capítulo, cumpre tecer algumas considerações iniciais. De acordo com o documento encaminhado para votação no Senado, o Projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC) apresenta uma proposta de ampliação da aplicação dos precedentes a fim de buscar uma harmonização/uniformidade das decisões judiciais. Contudo, inicialmente, vale destacar o posicionamento de Tiago Asfor Rocha sobre os precedentes judiciais no NCPC:

O Projeto de NCPC ainda não completa o que se poderia chamar de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

Talvez até existam razões científicas e históricas para tanto, porém isso não chegou a ser debatido, tampouco explicado à própria comunidade jurídica.

Na verdade, o que se tem de diferente no Projeto de NCPC é um reforço ainda maior à figura do precedente judicial, que tem paulatinamente alterado o modo de ser da ciência processual e da atividade julgadora, a qual nunca esteve tão preocupada em seguir o entendimento dos Tribunais Superiores.¹¹²

Ou seja, não acontecerá uma total revolução, enquadrando o NCPC em um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, uma vez que é apenas um reforço dos precedentes judiciais já existentes na legislação atual, por exemplo, as súmulas vinculantes, modificando as relações processuais e a atividade julgadora.

Visando uniformizar e estabilizar as decisões judiciais, diferentemente, do que ocorre na legislação atual de forma implícita, o NCPC destaca, explicitamente, no seu Capítulo XV, os precedentes, indicando elementos que devem nortear os julgamentos dos Tribunais que irão proteger os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, de forma a gerar uma pacificação com os princípios constitucionais, conforme previsão dos arts. 520 ao 522:

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

¹¹² LIMA, Tiago Asfor Rocha. Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, p. 279-291, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242959>>. Acessado em: 26 de julho de 2013.

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I - os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

§ 1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 3º Nas hipóteses dos incisos II a V do caput deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no §1º deste artigo.

§4º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo:

I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

§6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§ 7.º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Ainda, nos artigos anteriores, os membros da comissão de elaboração do projeto do NCCPC determinaram disposições a serem observados pelos aplicadores do direito, por exemplo, o

critério hierárquico entre os precedentes, caso não exista súmula da jurisprudência dominante; ampla divulgação das questões jurídicas; e os julgamentos de casos repetitivos a seguir destacados. A partir disso, pode-se analisar duas importantes disposições do abordadas pelos membros da comissão.

Primeiro, o incidente de demandas repetitivas consiste em uma reunião de processos baseados na idêntica questão de direito, semelhante aos julgamentos por amostragem dos recursos repetitivos, contudo, a contrário senso, o incidente pode ser instaurado em qualquer grau de jurisdição. E ele será disciplinado no NCPC no Livro IV, Título VII, artigos 988 a 1000.

Ao criar esse instituto, o legislador visa buscar uniformizar entendimentos a fim de garantir a segurança jurídica, bem como diminuir os riscos processuais. Conforme previsão legal do artigo 988¹¹³ do anteprojeto do NCPC, o aplicador do direito tem um dever de observância de dois requisitos para a admissão do incidente, sendo eles: a identificação de controvérsia fundada em mesma questão de direito com potencialidade de gerar demandas repetitivas e a possibilidade de decisões conflitantes que causem grave insegurança jurídica. Ainda, deve-se destacar que, por meio de uma interpretação gramatical do dispositivo, somente, questões de direito deverão ser analisadas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, existindo a exceção § 9º do supracitado artigo que prevê a possibilidade de instauração de incidente quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato. As partes legitimadas para solicitar a instauração do incidente são: relator, órgão colegiado, partes, Ministério Público, Defensoria Pública, pessoa jurídica de direito público ou associação civil. E mesmo a desistência da causa não gera, necessariamente, o fim do incidente, uma vez que o tribunal poderá prosseguir na análise do mérito.

Após o julgamento do incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, bem como aos casos futuros. E ainda, sempre visando a segurança jurídica das relações, as partes legitimadas citadas anteriormente poderão requerer ao tribunal, para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial, a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente, cessando a suspensão em caso

¹¹³ Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

de não interposição do recurso. E, em caso de descumprimento da decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Assim, pode-se concluir que o objetivo da introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas é, basicamente, solucionar as questões de direito controvertidas, visando uma aplicação uniforme nos diversos processos individuais pendentes¹¹⁴.

Já os Recursos especiais e extraordinários repetitivos na sistemática do NCPC estão previstos nos artigos 1.049 ao 1.054. Nesse modelo fica instituída uma forma de julgamento por amostragem, conforme já ocorre no julgamento por amostragem dos recursos especiais e dos recursos extraordinários, conforme previsão das leis nº 11.672/2008 e 11.418/2006, pois o legislador tentou diminuir o número de demandas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal (art. 543-B)¹¹⁵ e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C)¹¹⁶, determinando que na análise de questões repetidas, somente, um ou alguns serão encaminhados para o respectivo tribunal, denominados de representativos da controvérsia, ficando suspensos os demais até decisão sobre aqueles¹¹⁷. A previsão desses institutos foi pautada no preceito constitucional que tenta garantir uma razoável duração do processo, buscando conferir racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional, sem prejudicar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa¹¹⁸.

Logo, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionará os recursos, que representam a controvérsia, e encaminhará ao Supremo Tribunal Federal – STF ou ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, bem como determinará a suspensão dos demais processos, conforme previsto no artigo 1.050. E, conseqüentemente, após o julgamento dos recursos

¹¹⁴ ROSSONI, Igor Bimkowski. **O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?**. 2010. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Temas Centrais de Processo Civil do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso>. Acessado em: 28 de setembro de 2013.

¹¹⁵ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

¹¹⁶ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

¹¹⁷ CHEHUEN, Éric da Rocha; DURÇO, K. A.; O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. VIII. 2011. p. 539-567. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30859870/redp_8a_edicao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIR6FSIMDFXPEERSA&Expires=1380498649&Signature=TDblsNnsjn7AcPeaDvjmLRSIGII%3D&response-content-disposition=inline#page=93>. Acessado em: 29 de setembro de 2013.

¹¹⁸ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo** 191. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 165.

representativos das controvérsias, os órgãos colegiados declararão prejudicados os recursos que versem sobre a mesma matéria ou os decidirão aplicando a tese, no caso dos recursos suspensos. Ainda, os processos que versem sobre a mesma controvérsia de direito em primeiro grau de jurisdição ficarão suspensos por até um ano, existente a possibilidade de ampliação, desde que a decisão seja fundamentada pelo relator e de agravo de instrumento contra a decisão.

Assim, o trabalho do julgador será mais eficaz e célere, uma vez que serão reunidos inúmeros processos com mesmo questionamento ou repercussão geral e eleito apenas um ou alguns como paradigma, unificando e uniformizando, assim, as decisões.

4.1 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Mencionando, novamente o artigo 521 do Projeto do NCPC, pode-se ressaltar a existência da previsão de mecanismos que irão garantir a efetividade dos precedentes judiciais, bem como dar efetividade alguns princípios elencados, por exemplo, os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da isonomia, acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, bem como a regra da motivação das decisões judiciais.

O Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal¹¹⁹, é a nota essencial do Estado de Direito, sendo também um princípio da basilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que faz parte do seu conceito a subordinação à Constituição, bem como é fundado na legalidade democrática¹²⁰. Logo, o princípio da legalidade visa organizar as relações entre Estado-Cidadão e orientar as relações entre pessoas. Partindo para análise dos precedentes, a existência desse instituto poderá revelar o verdadeiro sentido de uma norma, evitando, assim, que uma mesma norma seja aplicada de forma diversa nas relações processuais e causando dano a uma parte.

¹¹⁹ 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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420.

O Princípio da Segurança Jurídica, previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988¹²¹, é, basicamente, conforme leciona Jorge Reinaldo Vanossi, o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus efeitos à luz da liberdade reconhecida”¹²², ou seja, garante a não aplicação de ato normativo estatal contra situações consolidadas anteriormente. Nesse sentido, pode-se mencionar o ensinamento de José Afonso da Silva que “importante condição de segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.”¹²³. Tal princípio se exterioriza de formas distintas, contudo todas essas formas são no sentido de proporcionar estabilidade às relações estabelecidas entres os jurisdicionados, bem como previsibilidade no que tange às relações e decisões futuras¹²⁴.

Logo, ressaltam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que:

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.¹²⁵

Também, destaca-se que, juntamente com a segurança jurídica, o Poder Judiciário passará a possuir maior previsibilidade jurídica, pois, segundo Érica Gorga, as leis e os precedentes evoluíram de tradições do direito com o intuito de aumentar essa previbilidade,

¹²¹ “Art. 5º [...]”

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

¹²² VANOSSO, Jorge Reinaldo *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 433.

¹²⁴ CHEHUEN, Éric da Rocha; DURÇO, K. A.; O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. VIII. 2011. p. 539-567. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30859870/redp_8a_edicao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIR6FSIMDFXPEERSA&Expires=1380498649&Signature=TDblsNnsjn7AcPeaDvjmLRSIGII%3D&response-content-disposition=inline#page=93>. Acessado em: 29 de setembro de 2013.

¹²⁵ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 6. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2011, p. 398.

contribuindo para a promoção da eficiência de cada sistema jurídico¹²⁶. Nesse sentido, menciona-se o pensamento sobre previsibilidade de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Não menos importante para o Estado Constitucional é a confiança legítima por parte dos cidadãos nos seus atos. A confiança legítima é a face subjetiva da segurança jurídica. Prende-se à calculabilidade e à previsibilidade dos atos dos poderes públicos. A segurança jurídica e a confiança legítima apontam, em termos de processo civil, à necessidade de proteção à coisa julgada, à adoção de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro e à necessidade de adoção de forma para realização dos atos processuais.¹²⁷

Portanto, “a segurança jurídica será buscada mediante decisões judiciais semelhantes para as situações semelhantes”.¹²⁸ Os jurisdicionados terão um mínimo de previsibilidade quanto às suas condutas e às suas reivindicações, possibilitando, assim, prever as suas consequências e seus resultados, pois existirá um instituto que ensejará uma maior uniformização jurisprudencial, garantindo previsibilidade das decisões judiciais ao ingressar em juízo¹²⁹.

O Princípio da Duração Razoável do Processo, inicialmente, foi reconhecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, por meio do acréscimo do inciso LXXVIII no artigo da 5º da Constituição¹³⁰, sendo caracterizado esse princípio como decorrente do exercício do direito de acesso à Justiça, conforme será examinado posteriormente.¹³¹ Vale destacar trecho da obra de José Afonso da Silva sobre o princípio:

A garantia da celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade, de sorte que, se o magistrado demora no exercício de sua judicatura por causa, por exemplo, de excesso de trabalho, a questão se põe quanto à busca de meios para dar maior celeridade ao cumprimento de suas funções, prevendo-se mesmo que o Congresso Nacional promova alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional (EC-45/2004, art. 7º); se, no entanto, a morosidade decorrer de desídia do magistrado, o

¹²⁶ GORGA, Érica. A common law é mais eficiente que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). **Direito & economia**. Análise econômica do direito e das organizações. 1ªed.São Paulo: Campus, 2005, v. 1, p. 145-196.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 16.

¹²⁸ CHEHUEN, Éric da Rocha; DURÇO, K. A.; O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. VIII. 2011. p. 539-567. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30859870/redp_8a_edicao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIR6FSIMDFXPEERSA&Expires=1380498649&Signature=TDblsNnsjn7AcPeaDvjmLRSIGII%3D&response-content-disposition=inline#page=93>. Acessado em: 29 de setembro de 2013.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432.

tribunal a que ele pertence, seja qual for a sua condição, deve tomar as providências para o cumprimento das garantias asseguradas no inciso em apreço.

Assim, a ampliação dos precedentes judiciais no NCPC dará uma maior eficácia ao princípio da duração razoável do processo, diminuindo o tempo de resposta do Judiciário e, conseqüentemente, a espera do jurisdicionado da resolução da lide.

O Princípio da Isonomia, conforme amplamente examinado nos capítulos anteriores, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei. E a aplicação dos precedentes judiciais irá reforçar esse princípio, uma vez que não poderá se admitir que um órgão do Estado, diante de situações concretas semelhantes, provirá decisões distintas, logo não ocorrerá uma violação a noção comum de isonomia, justificando o respeito aos precedentes, que vedem ser meios balizadores para a solução de casos futuros¹³², pois não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário, sendo que insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação¹³³.

O Princípio do Acesso à Justiça, destacado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição,¹³⁴ “é a possibilidade assegurada a todos pela Constituição Federal de acudir aos órgãos do Poder Judiciário para pedir a proteção jurisdicional do Estado”¹³⁵. A partir desse princípio, qualquer pessoa pode que tiver seu direito lesado ou, simplesmente, ameaçado poderá procurar a Justiça que deverá dar uma resposta assegurando o seu direito ou rejeitando o seu pedido por inexistência de lesão ou ameaça de direito. E, com a aplicação dos precedentes, princípio não será violado, uma vez que, mesmo que exista posição consolidada sobre determinada questão jurídica, o jurisdicionado poderá se valer dos meios de superação e de interpretação dos precedentes judiciais.

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição¹³⁶, visa uma participação efetiva dos jurisdicionados na construção da norma

¹³² BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 6. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2011, p. 396.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 17-18.

¹³⁴ Art. 5º. [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. Ed. – 2ª. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

¹³⁶ Art. 5º. [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

jurídica. Ainda, tal princípio indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, intimamente, ligado ao exercício do poder, bem como influenciando sobre a esfera jurídica dos jurisdicionados.¹³⁷ No caso da aplicação desse princípio frente aos precedentes judiciais, ele deve ser repensado, pois não ocorrerá uma participação na construção da norma jurídica individualizada, sendo esta definida no dispositivo da decisão. Contudo, irá ocorrer uma participação na elaboração de uma norma jurídica de caráter geral¹³⁸. Contudo, discorda-se desse posicionamento, uma vez que as possuíram as técnicas de aplicação e de superação dos precedentes para participar da elaboração da norma jurídica individualizada.

A regra da motivação das decisões possui previsão legal no artigo 93, inciso IX, da Constituição¹³⁹, afirmando que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Nesse sentido, deve-se mencionar o ensinamento de Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] Considerando que o precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios.

Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de emendas e excertos jurisprudenciais ou doutrinário. É preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delinieie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função extraprocessual da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele

¹³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 61.

¹³⁸ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 6. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2011, p. 399.

¹³⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

processo específico, haja vista que poderá ser por ele invocado para justificar e legitimar sua conduta presente.¹⁴⁰

E, portanto, esse princípio não será violado, pois mesmo a aplicação do precedente deverá ser motivada, ou seja, o juiz deverá indicar os fundamentos da utilização desse precedente no caso concreto.

Do exposto, é fácil perceber que o tema é extremamente relevante, uma vez que, por meio desses mecanismos norteadores dos precedentes judiciais, bem como adequados aos princípios constitucionais, o NCPC visa assegurar uma maior celeridade nos julgamentos, gerando, ainda, uma uniformização e estabilidade aos processos decisórios no Poder Judiciário.

¹⁴⁰ BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 6. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2011, p. 398.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto neste trabalho, é possível entender as razões da adoção do *civil law* como sistema jurídico brasileiro, bem como compreender que tal sistema não possui condição de resolver todos problemas emergentes no cotidiano, uma vez que tem fundamento nos códigos/leis. Assim, ao longo dos anos, o aumento da complexidade das relações sociais e jurídicas demonstrou a impossibilidade de o Poder Legislativo antever todas as situações possíveis no seu ordenamento, conferindo aos juízes liberdade para interpretar as leis existentes a fim de adequá-las ao caso concreto, pois, como demonstrado, o sistema do *civil law* não possui a finalidade em estabelecer o respeito aos precedentes, obedecendo, fundamentalmente, a legalidade.

Essa liberdade interpretativa, associada à ausência de respeito aos precedentes, gerou inúmeras práticas de arbitrariedades/injustiças por parte dos magistrados, pois estes passaram a decidir casos semelhantes de forma contrária ao que haviam decidido anteriormente, ou, até mesmo, ao que foi decidido pelas Cortes superiores, ou seja, duas pessoas em situações jurídicas semelhantes teriam decisões distintas, sendo uma benéfica para uma parte e uma maléfica para outra parte.

E, justamente, com o intuito de solucionar essas distorções que, ao longo da evolução do direito processual brasileiro, vem ocorrendo a chamada “*commonlawlização*” que nada mais é que uma incorporação gradativa de elementos típicos do sistema do *common law*, fundada no respeito aos precedentes judiciais em compatibilidade as princípios norteadores do direito processual pátrio em destaque na Constituição Federal de 1988. No *common law*, cabe ao aplicador do direito extrair, de cada decisão, sua *ratio decidendi*, sendo esta as razões que levaram a adotar aquele posicionamento. Esse elemento dos precedentes possui efeito vinculante sobre o próprio tribunal que proferiu a decisão, bem como os magistrados hierarquicamente subordinados a ele, mas pode não ser aplicada em casos de possível utilização dos mecanismos de interpretação/superação dos precedentes judiciais, como o *overruling*, o *overrinding* e o *distinguishing*.

O presente trabalho buscou demonstrar a importância da incorporação e da ampliação da teoria dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil frente aos princípios

constitucionais, tendo em vista os benefícios gerados para os jurisdicionados. Assim, ocorre uma efetivação desses princípios, por exemplo, a segurança jurídica seria mais respeitada, deixando de ocorrer injustiças no caso de juízes vinculados ao mesmo tribunal decidam uma mesma matéria de forma diversa. E ainda o respeito a tal princípio irá gerar uma previsibilidade das decisões judiciais, trazendo inúmeros benefícios, como uma maior eficiência do Poder Judiciário e um respeito à razoável duração do processo. Ainda, os precedentes iriam respeitar o consagrado na Constituição Federal, princípio da isonomia, uma vez que iria evitar o tratamento desigual para partes em condições e situações semelhantes.

Conforme demonstrado neste trabalho, o Direito brasileiro já mostrou preocupação com essa realidade, criou diversos institutos jurídicos peculiares que possuem a natureza do sistema jurídico do *common law*, respeitando, assim, os precedentes dos tribunais, por exemplo, as súmulas vinculantes. E ainda com o novo código serão reformulados e nascerão novos institutos com a aprovação do Novo Código de Processo. Isto posto, resta comprovado que aplicação dos precedentes judiciais são perfeitamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não violam nenhum dos princípios constitucionais que norteiam o direito processual civil e, ainda, garante uma efetividade aos mesmos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

ALARCÓN, P. J. L. Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón. (Org.). **Reforma do Judiciário. Análise e comentada. Emenda Constitucional 45/2004**. 1ªed. São Paulo/SP: Editora Método, 2005, p. 27-47.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, H. B. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

BRAGA, Barbara ; RIBEIRO, Fernando Armando. A teoria das fontes do direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. **XVII Congresso nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, 2008, Salvador. XVII CONPEDI, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf>. Acessado em: 18 de julho de 2013.

BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie ; OLIVEIRA, R. S. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 1. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

_____. **Projetos de Lei Nos 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Lumen Juris, 24ª ed., 2011.

CHEHUEN, Éric da Rocha; DURÇO, K. A.; O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. VIII. 2011. p. 539-567. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30859870/redp_8a_edicao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIR6FSIMDFXPEERSA&Expires=1380498649&Signature=TDblsNnsjn7AcPeaDvjmLRSIGII%3D&response-content-disposition=inline#page=93>. Acessado em: 29 de setembro de 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

CRUZ, D. N.; CRUZ, K. R. P. Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANE%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acessado em: 20 de outubro de 2013.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 13ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GORGA, Érica. A common law é mais eficiente que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). **Direito & economia**. Análise econômica do direito e das organizações. 1ªed. São Paulo: Campus, 2005, v. 1, p. 145-196.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 10, p. 467-492, 2007. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>>. Acessado em: 30 de outubro de 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, p. 279-291, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242959>>. Acessado em: 26 de julho de 2013.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 16.

MIRANDA, Tássia Baia. **Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2012.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acessado em: 27 de outubro de 2013.

RANGEL, Helano M. V. A súmula vinculante como norma jurídica e a sua (in) viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Nomos** (Fortaleza), v. 31, p. 43-59, 2011. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/helano.pdf>. Acessado em: 01 de novembro de 2013.

RE, Edward D. **Stare Decisis**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1990,

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. Ed. – 2ª. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Mário Alcântara. **A eficácia dos precedentes judiciais vinculantes fixados pelo supremo tribunal federal**. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2011.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?**. 2010. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Temas Centrais de Processo Civil do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso>. Acessado em: 28 de setembro de 2013.

SANTOS, R. A. C. O. **Precedente judicial obrigatório: uma análise da crescente influência do common law no direito brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acessado em: 20 de outubro de 2013.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo 191**. São Paulo: Editora RT, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.